



Luiss

Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali
Guido Carli



CERADI

Centro di ricerca per il diritto d'impresa



Spunti di riflessione sulla riforma della legge fallimentare secondo il disegno di legge delega governativo del 24/11/2000

Vincenzo De Sensi

Luglio 2001

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

<u>1-PREMESSA</u>	2
<u>2- LA STRUTTURA E LA FUNZIONE DELLE PROCEDURE PREVISTE NEL DISEGNO DI LEGGE DELEGA</u>	4
<u>3- LA PROPOSTA DI LEGGE DELEGA DI INIZIATIVA PARLAMENTARE</u>	14
<u>4- BREVI CENNI DI DIRITTO COMPARATO</u>	16
<u>5. VALUTAZIONE DEL DISEGNO DI LEGGE DELEGA ALLA LUCE DEI POSTULATI DELLA IMPRESA E DEL MERCATO</u>	22
<u>6- L'AUTOTUTELA NEGOZIALE NELLA CRISI DI IMPRESA</u>	25
<u>7-CONCLUSIONI</u>	29

1-Premessa

E' sin troppo noto, per essere ripercorso in questa sede, il dibattito sulla obsolescenza delle procedure concorsuali in rapporto ai tratti fortemente dinamici della economia moderna, sempre di più fondata sul consumo di massa e sulla interrelazione tra i sistemi di mercato conseguente alla globalizzazione¹.

I sistemi economici non vivono come monadi isolate, ma sono reciprocamente condizionati dai meccanismi fisiologici e patologici che in essi intervengono.

In questo contesto una disciplina moderna della crisi di impresa si pone come condizione indispensabile per garantire una tutela dei creditori-investitori improntata ad efficienza e rapidità. La propensione all' investimento, anche estero, è condizionata dalla idoneità del sistema giuridico commerciale a regolamentare la crisi di impresa in termini adeguati alle esigenze di tutela del credito e della produttività.

¹ Sulla obsolescenza del nostro sistema concorsuale, ved.: Jorio, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi aziendali*, in *Giur. Comm.*, 1994, I, 492 ss.; Santini, *Soluzioni giuridiche allo stato di crisi dell'impresa nei sistemi di economia di mercato*, in *Giur.it.*, 1981, IV, 162; Maisano, *La tutela concorsuale dei creditori tra liquidazione e riassetto delle imprese in crisi*, Milano, 1989, p.22 ss. Un commento autorevole e ragionatamente critico del disegno de legge delega governativo è quello di Ragusa Maggiore, *Riforme possibili e riforme ridicole*, in *Dir. Fall.*, 2000, I, 1265 ed anche dello stesso autore si veda: *Suggerimenti per la preparazione di un progetto di legge delega per la riforma della legge sulle procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2000, I, 462 ss. Sul consumo di massa e sulla sua rilevanza sul piano concorsuale, ved.: Frascaroli Santi, *Insolvenza e crisi della impresa*, Padova, 1999, p. 20 ss.

Gli interessi che è possibile ravvisare di fronte alla crisi di impresa non sono solo quelli al soddisfacimento coattivo dei crediti, ma anche quelli alla continuazione dei rapporti commerciali.

La sperimentazione di nuove tipologie negoziali, di recente oggetto di disciplina normativa, come ad esempio il contratto di subfornitura, o ancora l'utilizzazione di tecniche di gestione aziendale, come ad esempio l'outsourcing, dimostrano che il destino di una impresa sempre più spesso coinvolge quello di altre imprese collegate, le quali risultano essere portatrici di un interesse alla continuazione dei rapporti commerciali, per la cui realizzazione si è disposti a sacrificare in tutto o in parte le ragioni di credito.

Questa tendenza, particolarmente significativa di una nuova sensibilità sociale ed economica rispetto al fenomeno della crisi di impresa, ha avuto emersione sia nel c.d. uso alternativo delle procedure concorsuali², che nelle convenzioni di sistemazione stragiudiziale dell'insolvenza³.

Queste istanze di rinnovamento della disciplina della crisi di impresa hanno avuto ampia risonanza in dottrina, la quale ha svolto una sempre crescente attività di sensibilizzazione della giurisprudenza e di stimolo per il legislatore, secondo una impostazione di fondo incline a rilevare la necessità di adeguamento del nostro sistema a quello degli altri paesi europei, in cui la soluzione della liquidazione dei beni aziendali ha ceduto il passo a quella della loro conservazione per l'esperimento di un tentativo di risanamento.

Da qui la consapevolezza che in concorrenza si pongono non solo le imprese operanti sul mercato, ma anche gli ordinamenti giuridici, la cui efficienza è misurata dall'adeguatezza delle soluzioni normative rispetto alla realtà operativa e che la capacità di percepire e sintetizzare gli interessi

² L'uso alternativo delle procedure concorsuali per finalità diverse da quelle istituzionali, come ad esempio la tutela dei livelli occupazionali, è stato oggetto di attenzione da parte di autorevole dottrina: Gambino, *Sull'uso alternativo delle procedure concorsuali*, in *Giur. Comm.*, 1979, I, 236; Viale, *Uso alternativo delle procedure concorsuali*, in *Giur. Comm.*, 1979, I, 231.

³ Queste convenzioni rientrano nel fenomeno della privatizzazione dell'insolvenza e del ricorso all'esercizio dell'autonomia privata al fine di prevenire e sistemare l'insolvenza, al riguardo: Schlesinger, *Convenzioni bancarie di salvataggio*, in *Fall.*, 1997, 893; Roppo, *Crisi di impresa e responsabilità civile della banca*, in *Fall.*, 1996, 874; Sansone, *Risanamento della impresa tra autonomia privata e controllo giurisdizionale*, in *Fall.*, 1998, 761; Dimundo, *Pactum de non petendo ed insolvenza*, in *Fall.*, 1996, 905; Rossi, *Crisi di impresa: soluzioni al confine tra diritto fallimentare e societario*, in *Fall.*, 1997, 914.

emergenti da essa dipende soprattutto da una corretta e razionale disciplina del procedimento legislativo.

Venendo alla considerazione del disegno di legge delega governativo di riforma della legge fallimentare, si può affermare che le direttrici che lo ispirano sono sostanzialmente due: l'opzione di fondo per la conservazione della impresa, assunta quale valore sociale da preservare e concepita in termini di fattispecie⁴ che sintetizza gli elementi dell'organizzazione e dell'attività; la funzionalizzazione delle procedure non solo al soddisfacimento dei creditori, ma anche al risanamento della impresa.

Consideriamo, quindi, nel dettaglio la struttura e la funzione delle procedure predisposte nel disegno di legge delega governativo.

2- La struttura e la funzione delle procedure previste nel disegno di legge delega

Il disegno di legge delega prevede la sostituzione delle procedure del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata, del fallimento e della liquidazione coatta amministrativa con due procedure: una procedura di crisi ed una procedura di insolvenza.

Prima di esaminare distintamente la struttura e la funzione delle due procedure, è opportuno rilevare che il disegno di legge delega interviene anche sul piano soggettivo delle procedure concorsuali.

Si prevede, infatti, che queste potranno essere applicate non solo all'imprenditore commerciale, ma anche a quello agricolo, con esclusione degli enti pubblici e dei piccoli imprenditori commerciali. Inoltre, in conformità al recente intervento della Corte Costituzionale (sentenza del 21/07/2000, n. 319) sono previsti limiti temporali per l'apertura delle procedure a decorrere dalla data di cancellazione dal registro delle imprese, ovvero, in mancanza di iscrizione o di prosecuzione dell'attività nonostante la cancellazione, dalla effettiva cessazione dell'esercizio della impresa, nonché dal decesso in caso di imprenditore individuale.

⁴ In dottrina assume l'impresa in questa accezione: Oppo, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 109.

Esposta questa innovativa disposizione di delega in ordine all'ambito soggettivo delle procedure, consideriamo distintamente le due procedure, prendendo le mosse da quella di crisi.

La procedura di crisi è definita dal disegno di legge delega come procedura anticipatoria di quella di insolvenza. Si tratta di una definizione non propriamente adeguata alla funzione della procedura stessa, appena si consideri che essa non anticipa la procedura di insolvenza, ma tende a prevenirla laddove non vi sia ancora la manifestazione dello stato di insolvenza.

Sarebbe stato più appropriato definirla come procedura preventiva che, in quanto volta a sostituire l'amministrazione controllata ed il concordato preventivo, si pone in una posizione funzionale di prevenzione rispetto allo stato di insolvenza e quindi alla procedura di insolvenza.

Presupposto oggettivo per l'apertura della procedura è la presenza di sintomi di squilibrio patrimoniale, economico o finanziario, tali da determinare pericolo di insolvenza.

Si prevede dunque un presupposto di apertura della procedura particolarmente ampio, che ricomprende non solo ipotesi di squilibrio finanziario, concettualmente molto vicino all'attuale nozione di stato di insolvenza, ma anche ipotesi di squilibrio patrimoniale ed economico.

Queste ultime ipotesi non attengono alla dinamicità produttiva della impresa, ma alla sua struttura e consistenza patrimoniale.

Per l'apertura della procedura non è dunque necessario che l'impresa attraversi una fase di ridimensionamento del proprio *cash flow*, che potrebbe determinare un pericolo di insolvenza, essendo sufficiente anche un deficit di carattere strutturale, che pur non essendosi ancora manifestato sul piano finanziario, può tuttavia determinare un pericolo di insolvenza: vale a dire la probabilità che l'imprenditore non sia più in grado, in modo irreversibile, di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni.

La procedura può essere avviata ad istanza del solo debitore, il quale deve presentare, contestualmente alla istanza, un programma di risanamento della impresa e di estinzione delle obbligazioni anche mediante pagamento differito, rateale ed in percentuale, di durata non superiore a due anni.

Tra gli interessi che trovano assetto nel programma di risanamento, il disegno di legge delega prevede anche quello dei livelli occupazionali: il punto "g" dell'art. 1 contiene, infatti, il principio secondo il quale il programma di

risanamento debba prevedere, “per quanto possibile”, la tutela dei livelli occupazionali.

In quali termini questa tutela debba essere realizzata ed in quale rapporto essa si pone con le previsioni di risanamento della impresa dovrà essere specificato dal legislatore delegato.

La procedura di crisi è dichiarata aperta con decreto del Tribunale, il quale provvede alla nomina degli organi della procedura (giudice delegato, commissario giudiziale, comitato dei creditori).

L’apertura della procedura determina il divieto di azioni esecutive individuali, l’inefficacia degli atti di acquisto di diritti di prelazione e delle formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, nonché la sospensione degli interessi legali sui crediti chirografari (nulla è previsto per gli interessi convenzionali). In sostanza, il disegno di legge delega fa conseguire all’apertura della procedura la cristallizzazione del patrimonio del debitore, al fine di agevolare non la liquidazione del patrimonio, ma la conservazione dello stesso ai fini del risanamento.

Inoltre, è prevista delega per la disciplina dei rapporti contrattuali pendenti (come è noto mancante nell’attuale disciplina dell’amministrazione controllata e del concordato preventivo)⁵, nonché per la inapplicabilità delle norme sulla riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale.

Se da un lato la previsione di una disciplina dei rapporti pendenti consente di adattare il destino giuridico degli stessi alla finalità della procedura, dall’altro, la scelta di escludere l’applicazione degli artt. 2446 e 2447 c.c. appare deleteria e contrastante con il principio di conservazione dell’integrità del capitale sociale. Non si può non rammentare che il capitale sociale costituisce la garanzia dei creditori, in quanto esso esprime in termini monetari l’entità minima del patrimonio sociale. La previsione di una deroga all’applicazione dei citati articoli nel corso di una procedura concorsuale si pone in stridente contrasto con le istanze di tutela dei creditori e tende irragionevolmente a coprire situazioni di perdita patrimoniale che di per sé non è in armonia con le finalità di risanamento della procedura.

⁵ In ordine alle tematiche poste dagli effetti delle procedure minori sui contratti pendenti, ved.: Pazzaglia, *L’amministrazione controllata*, Milano, 1957; Bonsignori-Inzitari, *L’amministrazione controllata*, Bologna, 1992; Jorio, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973.

E' previsto, inoltre, nel corso della procedura la gestione dell'impresa e l'amministrazione del patrimonio rimangono affidate all'imprenditore, sotto la vigilanza del commissario giudiziale e nel rispetto dei poteri autorizzatori di quest'ultimo o del giudice delegato per atti di particolare importanza.

I creditori sorti nel corso della procedura godono del trattamento preferenziale della prededuzione anche nella successiva procedura di insolvenza.

Il programma di risanamento è assoggettato all'approvazione da parte di tutti i creditori, divisi per classi, secondo maggioranze di numero e di somma, ed all'approvazione del piano succede il giudizio di omologazione da parte del Tribunale.

Il legislatore delegante nulla dispone in ordine al contenuto del giudizio di omologazione, per cui è da ritenersi che esso sia di sola legittimità.

Il giudizio di omologazione sarebbe dunque concepito come momento di volontaria giurisdizione, finalizzato a verificare la corrispondenza della volontà delle parti alla disciplina normativa della procedura e ad attribuire all'accordo, formatosi secondo il criterio maggioritario, portata vincolante per tutti i creditori dell'impresa.

Al rigetto dell'istanza di apertura della procedura ed alla mancata approvazione o omologazione del piano di risanamento consegue, ove ne ricorrano i presupposti, l'apertura della procedura di insolvenza su iniziativa del giudice delegato o del Tribunale. Il disegno, correttamente, non prevede l'automatica apertura della procedura di insolvenza, ma l'accertamento delle condizioni per la sua apertura, recependo la medesima problematica sorta in riferimento all'amministrazione controllata ed al concordato preventivo.

L'ultima fase, successiva all'omologazione, è quella dell'esecuzione del piano, che deve essere compiuta entro due anni dalla pubblicazione della sentenza di omologazione, salvo proroga di sei mesi. Alla data di scadenza del piano, il Tribunale deve verificarne l'avvenuta realizzazione sia in punto di risanamento dell'impresa che di estinzione delle obbligazioni.

Si prevedono, infine, ipotesi di cessazione e di revoca della procedura. Le prime ricorrono ove la procedura non possa più essere utilmente proseguita o il debitore non ha eseguito i pagamenti convenuti nel piano; le seconde ricorrono, invece, ove il debitore ha esposto false informazioni o ha omesso di fornire informazioni rilevanti al fine di essere ammesso alla procedura, o ancora, ha compiuto atti in frode ai creditori.

Nel caso in cui ricorrano tali ipotesi, ed in quello in cui il piano di risanamento non sia stato realizzato, il Tribunale procede alla conversione della procedura in quella di insolvenza, previo accertamento della stessa.

Dall'analisi sommaria della struttura della procedura è emerso che essa si incentra sul programma di risanamento e che il suo contenuto è complesso, atteso che esso deve prevedere necessariamente il risanamento della impresa e l'estinzione delle obbligazioni, e "per quanto possibile", la tutela dei livelli occupazionali.

La finalità della procedura è duplice: conservativa del patrimonio aziendale per il risanamento della impresa e satisfattiva delle ragioni creditorie. In sede di approvazione del disegno si porrà, certamente, il problema di modulare, rispetto a queste finalità principali, la tutela dei livelli occupazionali.

Ad una prima riflessione questa previsione sembra essere pletorica e sovrabbondante, appena si consideri che già nella finalità di risanamento dell'attività rientra la considerazione della tutela dei livelli occupazionali.

Questa constatazione appare corretta se la nozione di risanamento è assunta nell'accezione che postula la predisposizione di tutte quelle misure di ordine aziendalistico o gestionale (ristrutturazioni, ammodernamento del sistema produttivo, riconversione dell'attività, cambiamento del management) volte a far recuperare all'impresa un trend positivo, capace di riattivare il flusso di liquidità che ne sostiene l'attitudine a produrre profitto.

Se il risanamento è assunto in questa accezione, sembra effettivamente priva di una significativa portata la previsione della tutela dei livelli occupazionali.

C'è da chiedersi però se questa accezione contraddistingue la nozione di risanamento così come assunta nel disegno di legge delega.

Per dare risposta a questo interrogativo è necessario procedere ad una esegesi delle disposizioni che ne colga le relazioni.

Al riguardo, va rilevato che il punto "o" dell'art. 1 del disegno governativo prevede l'esenzione dall'applicazione dell'art. 2560 c.c., che disciplina il regime della responsabilità patrimoniale per i debiti aziendali in caso di cessione dell'azienda. Questa previsione lascia intendere che nel programma possa essere contemplata la possibilità della cessione dell'azienda come modalità di risanamento della impresa.

In sé la previsione non è negativa; solo che non si comprende se il cessionario dell'azienda assume anche l'obbligo di risanarla, ed in caso positivo, quali sono le conseguenze se quest'obbligo non è adempiuto.

In questa diversa impostazione esegetica, che assume il risanamento come obiettivo che potrebbe essere conseguito anche attraverso la cessione dell'azienda, acquista un più pregnante significato la previsione secondo la quale devono essere tutelati anche i livelli occupazionali.

Va rilevato, però, che se questa impostazione risponde alla volontà sottesa al disegno di legge delega, vi è il pericolo concreto che essa si traduca in una formula vuota se non assistita da una sanzione per la mancata realizzazione del risanamento da parte del cessionario.

Al riguardo è interessante rilevare che nel sistema francese di disciplina della crisi di impresa, a seguito della riforma intervenuta con la legge n. 475 del 10 giugno 1994, nella procedura di *redressement* della impresa è previsto che, nel caso in cui il piano di *redressement* preveda la cessione dell'azienda ad un terzo e questo si renda inadempiente agli obblighi previsti nello stesso piano, il Tribunale ne può pronunciare la risoluzione.

Questa previsione, che sanziona con la risoluzione del piano l'inadempimento del cessionario dell'azienda, è particolarmente significativa delle istanze di moralizzazione delle procedure concorsuali che sono emerse con forza sempre crescente nel sistema francese a seguito dei deludenti risultati delle precedenti leggi nn. 84-148 e 85-98, rispettivamente del 1° marzo 1984 e del 25 gennaio 1985, che non predisponavano adeguate misure al fine di impedire la realizzazione di intenti speculativi nella cessione dell'azienda⁶.

Sarebbe stato, quindi, opportuno inserire la previsione di un potere di risoluzione del piano di cessione, simile a quello francese, al fine di assicurare la serietà e la giuridicità degli impegni del cessionario dell'azienda.

La procedura di crisi è dunque una procedura preventiva e conservativa, pensata per sostituire il concordato preventivo e l'amministrazione controllata, ma con scelte operative che evidenziano una

⁶ Per un attento commento alla riforma francese: Jorio, *La riforma delle leggi francesi sull'insolvenza: un modello da imitare?*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, 698; più in generale sul sistema di prevenzione dell'insolvenza: Rangoni, *La prévention des difficultés des entreprises nella legge francese di riforma n. 475 del 10 giugno 1994*, in *Dir. Fall.*, 1996, I, 269; Lienard, *De nouvelles propositions pour reformer la loi du 25 janvier 1985*, in *Revue des procédures collective*, 1993, 1; Candelario Macias, *Il diritto concorsuale in Europa*, Padova, 2001, p.51 ss.

intima contraddittorietà di quello che dovrebbe divenire l'impianto di disciplina.

La seconda procedura prevista dal disegno di legge delega è quella di insolvenza.

Nel caso in cui l'imprenditore versi in stato di insolvenza è prevista l'apertura di questa procedura che è finalizzata, ove possibile, alla conservazione totale o parziale dell'impresa o, in mancanza, alla liquidazione del patrimonio del debitore ed al soddisfacimento dei creditori.

Questa finalità, enunciata nel disegno di legge delega, sembrerebbe porre come regola, nell'ambito della procedura di insolvenza, quella della conservazione ai fini del risanamento e, come eccezione, quella della liquidazione del patrimonio aziendale: sarebbe stato forse più logico invertire l'ordine delle finalità. Se si assume la nozione di insolvenza in termini quantitativi⁷, come stato dell'imprenditore che può essere caratterizzato dalla incapacità di adempiere regolarmente le obbligazioni e che può avere una consistenza reversibile o irreversibile, allora la finalità della conservazione ai fini del risanamento non appare concettualmente incompatibile con lo stato di insolvenza.

Tuttavia, riteniamo che il punto problematico di fondo non sia questo, quanto piuttosto quello se debba porsi come regola principale, di fronte alla insolvenza, sia essa reversibile o meno, quella del soddisfacimento dei creditori, cui subordinare il risanamento della impresa.

Al di là della nozione di insolvenza, è indubbio che nel momento in cui questa si esteriorizza si determina non solo la lesione delle ragioni creditorie, ma anche una situazione di conflittualità plurisoggettiva che coinvolge il debitore ed i singoli creditori, da un lato, e tutti i creditori ciascuno in rapporto agli altri, dall'altro. A fronte di tale situazione è logico e razionale ritenere che la regola a cui deve informarsi la procedura è innanzitutto quella della disciplina di tale conflittualità, attraverso la predisposizione di un meccanismo sollecito di soddisfacimento paritetico dei creditori concorsuali, senza indugiare oltre misura sul risanamento della impresa.

⁷ Sul concetto di insolvenza a seguito delle riforme legislative ed in particolare della nuova disciplina della grandi imprese insolventi e sulla possibilità di una sua configurazione unitaria: Frascaroli Santi, *op. cit.*, p.101 ss.

Sotto questo profilo, quindi, la scelta di fondo operata dal legislatore delegante non appare condivisibile.

Detto questo, passiamo a descrivere le varie fasi della procedura.

Questa si apre con sentenza emessa dal Tribunale del luogo in cui l'impresa ha la sede principale, su istanza del debitore, dei creditori, del pubblico ministero o d'ufficio e che produce gli effetti tipici di una procedura concorsuale.

La procedura si articola in due fasi: la prima di osservazione, non superiore a novanta giorni, volta ad individuare la scelta operativa da adottare; la seconda di attuazione di un programma di risanamento totale o parziale della impresa o, in via alternativa, di liquidazione dei beni aziendali.

Nel caso di consecuzione della procedura di crisi in procedura di insolvenza è previsto che il periodo di osservazione sia facoltativo e, qualora il Tribunale verifichi la mancanza di concrete prospettive di risanamento della impresa, il disegno governativo consente l'immediata disposizione della liquidazione dei beni con la stessa sentenza di insolvenza o con decreto successivo. In coerenza con un condivisibile principio di snellezza e celerità della procedura, è previsto inoltre che si possa addivenire all'accertamento del passivo solo ove vi sia attivo da liquidare e che possa essere disposta l'immediata chiusura della procedura allorché l'attivo da liquidare sia insufficiente a consentire anche una modesta ripartizione a favore dei creditori.

L'aspetto centrale della procedura è costituito dal programma di risanamento e dagli ambiti operativi riconosciuti all'autonomia privata.

E' previsto, infatti, che il debitore o un terzo possano presentare un programma di risanamento dell'impresa, anche mediante cessione dei complessi aziendali, ed il pagamento anche in percentuale dei crediti.

Una tale facoltà di definizione concordata della procedura è prevista anche in capo al curatore, il quale, entro quindici giorni dalla scadenza del periodo di osservazione (termine che vale anche per il debitore ed i terzi), può presentare un programma che indichi le iniziative da adottare per il risanamento o la liquidazione.

Dalla lettura dei principi e criteri direttivi al riguardo, emerge che solo il programma del debitore o di un terzo debba essere di risanamento, mentre quello del curatore può essere sia di risanamento che di liquidazione.

Ulteriore, notevole ed incomprensibile differenza tra i due programmi è che solo quello del debitore è assoggettato all'approvazione da parte dei creditori ed al giudizio di omologazione.

Il disegno di legge delega, infatti, dispone che il programma di risanamento del debitore debba essere approvato dai creditori, secondo maggioranze di numero e di somma, nulla disponendo invece in merito al programma presentato da un terzo o dal curatore.

Questa discrepanza non sembra in alcun modo giustificabile, atteso che sull'assetto che si intende dare all'impresa mediante il piano di risanamento o di liquidazione non può essere pretermesso il consenso dei creditori, sul rilievo che il patrimonio oggetto di disposizione costituisce, innanzitutto, la garanzia generica delle loro ragioni⁸. Si tratta quindi di una disparità di trattamento dei creditori che non risponde ad alcun criterio di ragionevolezza e che appare in contrasto con l'art. 3 della Costituzione.

Risulta, quindi, confermato che la filosofia di fondo del disegno di legge delega è quella di confinare in una posizione marginale gli interessi creditori.

Inoltre, non è dato ravvisare nell'impianto della procedura alcun margine di intervento dei creditori al fine di chiedere o semplicemente sollecitare il passaggio dalla fase di risanamento a quella della liquidazione nel caso in cui la prima non risulti conveniente per gli stessi. Questa carenza è particolarmente grave se si considera che il programma di risanamento predisposto dal curatore o da un terzo non è soggetto all'approvazione dei creditori.

Peraltro, questo contenimento dei poteri dei creditori appare ancora di più ingiustificato se si pone mente alla procedura francese del *Redressement judiciaire*, così come modificata dalla citata legge del 1994, in cui i creditori non

⁸ Una delle tematiche più complesse che oggi contraddistinguono il dibattito dottrinale sulla crisi di impresa e sulle istanze di conservazione della stessa come valore sociale da salvaguardare, attiene al rapporto tra interesse pubblico alla conservazione degli organismi produttivi, soprattutto se riconducibili alla grande impresa, e la tutela del credito in relazione alla funzione di garanzia generica del patrimonio del debitore. Sul patrimonio dell'imprenditore in crisi incide dunque una pluralità di interessi in termini di conflittualità, la cui risoluzione è affidata alla predisposizione di scelte equilibrate che dovrebbero evitare il pericolo dell'esproprio delle ragioni dei creditori. Su questa tematica: Roppo, *Tutela costituzionale del credito e procedure concorsuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, n. 1, p. 1 ss.; D'Alessandro, *Interesse pubblico alla conservazione della impresa e diritti privati sul patrimonio dell'imprenditore*, in *Fall.*, 1984, p. 79 ss.

solo possono chiedere la cessazione dell'attività del debitore soggetto alla procedura, ma anche il passaggio alla fase della *liquidation judiciaire*.

Ed è particolarmente significativo dell'anacronismo delle scelte compiute nel disegno di legge delega la circostanza che la riforma francese del 1994 è stata principalmente sollecitata dalla necessità di offrire ai creditori ambiti procedurali di intervento più ampi rispetto alla pregressa disciplina, tant'è che la procedura di *redressement* non si risolve in un dialogo tra debitore ed organo giurisdizionale, ma tra debitore e creditori.

Ritornando al programma di risanamento, questo deve essere attuato entro il termine perentorio di due anni dalla pubblicazione della sentenza di omologazione; decorso il quale, senza la realizzazione del risanamento, si apre la fase della liquidazione.

Altre importanti disposizioni vengono previste in riferimento a particolari aspetti della procedura di insolvenza che risentono della evoluzione dottrinale e giurisprudenziale di determinati istituti del diritto concorsuale e che qui di seguito si elencano: 1) ridimensionamento della portata applicativa della revocatoria fallimentare attraverso l'esclusione degli atti normali di pagamento, la riduzione del periodo sospetto ed il conferimento a questo istituto di un carattere più spiccatamente indennitario⁹; 2) attribuzione di effetti endoconcorsuali all'accertamento del passivo¹⁰; 3) ricorso a forme agili e spedite di vendita dei beni e dei complessi aziendali; 4) estensione degli effetti della procedura di crisi e di insolvenza ai soci illimitatamente responsabili, prevedendo un limite temporale per quelli receduti, esclusi o defunti¹¹; 5) estensione della procedura di insolvenza alle altre imprese insolventi appartenenti al medesimo gruppo, anche al fine di attuare una gestione unitaria

⁹ Sulla tematica della natura indennitaria ed antiindennitaria della revocatoria fallimentare, ved.: Vassalli, *Diritto Fallimentare*, II.1, Torino, 1997, p. 13; Maffei Alberti, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970; Ragusa Maggiore, *Contributo alla teoria unitaria della revocatoria fallimentare*, Milano, 1960, p.128 ss.

¹⁰ Come è noto attualmente la questione della efficacia endoconcorsuale o meno dell'accertamento del passivo è ampiamente dibattuta. Nel senso della efficacia endofallimentare: Ragusa Maggiore, *Passivo (accertamento del)*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1974, 181, ss; Bonsignori, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Galgano, IX, 1986, p. 597; *contra*: Ferrara, *Il fallimento*, Milano, ult. ed., p. 470; Lanfranchi, *La verifica del passivo*, Milano, 1979, p. 56.

¹¹ Questa previsione recepisce la recente sentenza della Corte Costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 147 l.fall. nella parte in cui non prevede il limite temporale di un anno per il fallimento in estensione dell'ex socio illimitatamente responsabile e delle società cessate: C.Cost. 21/07/2000, n. 319, in *Dir. Fall.*, 2000, II, 665.

del programma di risanamento; 6) responsabilità della capogruppo, dei suoi amministratori e degli organi di controllo in ordine sia all'abuso di direzione unitaria sia a quello della personalità giuridica delle società facenti parte del gruppo¹².

Arrivando ad una considerazione conclusiva in merito a questa sommaria ricognizione di dati strutturali e funzionali delle due procedure, è dato rilevare che se, da un lato, sono state recepite alcune forti spinte innovative del sistema concorsuale, come ad esempio in punto di rivisitazione in chiave indennitaria della revocatoria fallimentare, di snellimento delle procedure di vendita, di previsione di una disciplina di gruppo correlata con le istanze di tutela risarcitoria anche per abuso della personalità giuridica, dall'altro, emerge una scelta di fondo, non condivisibile, di limitare eccessivamente il ruolo e le istanze di tutela dei creditori a fronte dello stato di insolvenza e della conflittualità che essa determina.

3- La proposta di legge delega di iniziativa parlamentare

Ad una situazione di stallo che ha contraddistinto per decenni la riforma della legge fallimentare, fa oggi seguito un periodo di grande dinamismo come dimostrato dal fatto che esiste, accanto al disegno di legge delega governativo, una proposta di legge delega di iniziativa parlamentare.

Per definire un esauriente quadro descrittivo delle iniziative di riforma, si appunta brevemente l'attenzione su questa proposta di legge in chiave comparativa rispetto al disegno di legge delega governativo.

Dalla relazione che accompagna la proposta parlamentare emergono le finalità che si intendono realizzare: anticipazione del ricorso alle procedure concorsuali; eliminazione del carattere afflittivo delle stesse; accesso alle procedure anche a chi non è imprenditore commerciale; miglioramento delle tecniche di liquidazione; accelerazione dei tempi delle procedure; coordinazione della normativa fiscale con quella fallimentare.

Dalla stessa relazione emerge inoltre che finalità primaria ed indefettibile delle procedure concorsuali è quella della tutela dei creditori,

¹² Per un recente studio sulle tematiche dell'abuso della personalità giuridica e della responsabilità per conflitto di interessi infragruppo, ved.: Montalenti, *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999, p. 31 ss.

rispetto alla quale modulare gli interventi di risanamento della impresa. Si evince inoltre che entrambe le finalità possono essere meglio perseguite se si incentiva il debitore a rivelare tempestivamente lo stato di dissesto.

A differenza del disegno di legge governativo, quello parlamentare contempla tre modalità di intervento a fronte della insolvenza attuale o imminente, alla temporanea difficoltà ad adempiere o alla crisi della impresa. In rapporto a ciascuno di questi presupposti oggettivi sono previste la procedura di insolvenza, la procedura di ristrutturazione delle passività e la composizione negoziale della crisi.

In coerenza con la finalità del presente lavoro che ha ad oggetto principalmente il disegno di legge delega governativo, si svolgono alcune brevi considerazioni sulle caratteristiche essenziali dei tre rimedi.

La procedura di insolvenza conduce alla liquidazione dei beni del patrimonio del debitore. La sua struttura è dunque pensata in vista di questo obiettivo, che non significa necessariamente smembramento dell'azienda, anzi l'opzione operativa di fondo è quella della conservazione dell'impresa al fine di consentire una migliore allocazione dell'azienda sul mercato.

Strumento operativo di grande rilievo è quello che conferisce al curatore la possibilità di eseguire operazioni sul capitale sociale al fine di acquisire nuovi conferimenti; ed innovazione condivisibile è quella della operatività della revocatoria solo per quegli atti che abbiano arrecato un reale danno ai creditori.

La procedura di ristrutturazione delle passività mira invece allo scopo di valorizzare il patrimonio della impresa, attraverso un piano di ristrutturazione delle passività che rappresenta uno strumento negoziale particolarmente duttile attraverso il quale si attua, nell'ambito della procedura e sotto il controllo dell'autorità giurisdizionale, l'autonomia privata delle parti: debitore e creditore.

Il contenuto del programma è ampio ed articolato, potendo essere prevista una serie di operazioni: dalla continuazione totale o parziale della impresa, alla sua cessazione o cessione a terzi; da operazioni di fusione e scissione, a quelle di aumenti di capitale o di conferimenti in società esistenti o di nuova costituzione.

E' comunque consentita, secondo una clausola aperta di adattamento, ogni operazione che sia volta a massimizzare il valore del patrimonio del debitore per il soddisfacimento dei creditori.

Il terzo rimedio è quello della sistemazione stragiudiziale dell'insolvenza che consente la conclusione di un accordo con uno o più creditori al fine di superare lo stato di crisi e che è assoggettato ad un sommario giudizio di omologazione da parte del Tribunale. Al riguardo è prevista la esenzione degli atti compiuti in esecuzione dell'accordo all'azione revocatoria in caso di apertura della procedura di insolvenza.

Nel suo complesso la proposta di legge parlamentare è strutturata in modo complesso, secondo una impostazione di fondo che evidenzia una attenta riflessione sulle tematiche concorsuali.

4- Brevi cenni di diritto comparato

Per una migliore intelligenza del progetto di riforma governativo, è utile svolgere qualche considerazione di diritto comparato in merito ai due ordinamenti che sembrano essere stati assunti come modelli di riferimento dallo stesso disegno di riforma e precisamente: gli ordinamenti francese e tedesco.

In relazione alla disciplina francese della crisi di impresa si è già rilevato che essa è stata oggetto di riforma nel 1994, secondo una impostazione di fondo che se da un lato non ha abdicato allo scopo della conservazione e del risanamento della impresa, dall'altro, ha ulteriormente valorizzato il ruolo del ceto creditorio, come protagonista principale dei rimedi alle difficoltà della impresa.

Venendo ad un esame più specifico, quanto sommario, della disciplina francese si può rilevare che essa dà luogo ad un sistema che si fonda su due momenti di gestione della crisi di impresa: l'uno di prevenzione delle difficoltà della impresa; l'altro di trattamento e sistemazione delle difficoltà della impresa.

A livello di impostazione generale del sistema concorsuale francese, si può notare che, a differenza del nostro, la prevenzione della crisi ha una sua struttura operativa ed istituzionale che si basa sulla informazione e sull'allerta.

Il momento della informazione (*information comptable*) si sostanzia in una serie di adempimenti e documenti contabili che evidenziano la situazione economico-finanziaria della impresa e si attua con il deposito dei documenti contabili e dei bilanci presso il Registro di Commercio e la Cancelleria del Tribunale.

Questo sistema di informazione è anche strumentale rispetto all'attivazione del sistema di allerta, la cui attivazione (c.d. *déclenchement*) è riconducibile all'iniziativa del *Commissaire aux Comptes* (commissario contabile) e del Presidente del Tribunale Commerciale. Al primo soggetto istituzionale spetta, nell'ambito della propria attività di rilevazione "*des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*"¹³ non solo il compito di sollecitare gli organi sociali (consiglio di amministrazione ed assemblea) all'adozione di misure che consentano la continuazione della gestione della impresa, ma anche di segnalare tali fatti ed informare sugli stessi il Presidente del Tribunale di Commercio.

Quest'organo giurisdizionale è dotato di poteri capaci di adattarsi alle specificità delle difficoltà in cui si trova l'impresa e che vanno dalla convocazione del rappresentante della impresa, alla raccolta di informazioni e notizie sulla situazione economico-finanziaria dell'impresa, anche accedendo alla centrale rischi bancari, sino a quello di nominare un "*mandataire ad hoc*" il quale assisterà l'imprenditore nell'adozione delle misure di risanamento della impresa e, se previsto nell'incarico conferito, si adopererà per la definizione di un "*règlement amiable*" tra imprenditore e creditori.

Nella ipotesi in cui, però, la disclosure della situazione economico-finanziaria della impresa e la illustrazione delle misure da adottare non siano ritenute affidabili da parte del Tribunale, o ancora l'imprenditore si sia sottratto alla convocazione, il Tribunale può disporre d'ufficio l'apertura della procedura di "*redressement judiciaire*".

Accanto a questo sistema di prevenzione l'ordinamento francese conosce il sistema di trattamento delle difficoltà della impresa (*traitement des difficultés des entreprises*) che si articola nel: *règlement amiable*, *redressement judiciaire* e *liquidation judiciaire*¹⁴.

¹³ Mette in risalto la genericità di questa espressione, volutamente prevista al fine di consentire di adattare la previsione normativa alle mutevoli condizioni delle difficoltà della impresa: Jorio, op. cit., p. 700.

¹⁴ Autorevole dottrina, prendendo in considerazione la riforma francese, ha rilevato che "*anche in senso semantico l'enunciazione della legge è precisa poiché essa fa riferimento non alle imprese in difficoltà, ma alle difficoltà delle imprese. Il che significa considerare i vari stadi di difficoltà in cui si trova una impresa*", così: Ragusa Maggiore, *Manifesto per un progetto di riforma della legge fallimentare*, in *Dir. Fall.*, 1995, I, 205.

La prima è una procedura di recupero dell'impresa che si basa sull'accordo tra imprenditore e creditori e che è attivabile su iniziativa del solo imprenditore, individuale o collettivo, che può essere anche non commerciale, o di qualsiasi associazione anche non commerciale. L'istanza deve essere corredata dalla situazione patrimoniale, dal conto dell'attivo realizzabile e dalla previsione dei risultati futuri dell'attività.

Il presupposto oggettivo della procedura è una situazione di difficoltà patrimoniale, economica o finanziaria che non si sia ancora tradotta nella cessazione dei pagamenti, assimilabile alla nostra insolvenza.

Questa procedura può essere assimilata, nel nostro sistema, alle convenzioni stragiudiziali, solo che il *règlement amiable* è integrato nel sistema della concorsualità attraverso la sospensione delle azioni esecutive, che può essere richiesta dal conciliatore nominato dal Tribunale a questo stesso organo, ed il giudizio di omologazione.

In questa procedura quindi il recupero della impresa passa attraverso un accordo con il ceto creditorio, valido anche se concluso con una parte di esso, ed assoggettato ad un giudizio di omologazione da parte del Tribunale che deve verificare l'assenza dello stato di cessazione dei pagamenti e di collusioni o pressioni a danno dei creditori più deboli.

Va rilevato, tuttavia, che l'obiettivo del risanamento della impresa non è perseguito ad ogni costo, infatti di fronte allo stato di cessazione dei pagamenti la procedura di *redressement* si articola in un periodo di osservazione, che non può durare più di un anno, durante il quale si devono individuare le misure adeguate al risanamento. Ma se questo risulta impossibile, essendo lo stato di cessazione dei pagamenti irreversibile, si apre la procedura della *liquidation judiciaire*, equiparabile al nostro fallimento.

Nell'ottica di accelerare la liquidazione giudiziale, la riforma del 1994 consente di saltare il periodo di osservazione quando il risanamento della impresa appaia impossibile, sin dall'apertura della procedura, ovvero l'attività di impresa si già cessata prima di questo momento.

Il rimedio che il legislatore francese ha, quindi, apprestato per l'ipotesi in cui l'insolvenza dell'imprenditore si sia manifestata all'esterno si basa sulla scelta di fondo di privilegiare la liquidazione del patrimonio e di limitare i tentativi di risanamento secondo una visione realistica della crisi di impresa.

L'aspetto più affascinante della legislazione francese, sul quale sarebbe opportuno uno studio approfondito al fine di individuarne ambiti di fattibilità

anche nel nostro sistema concorsuale, è però quello della prevenzione della insolvenza che, come abbiamo già evidenziato, si basa sulla circolazione delle informazioni concernenti l'impresa e sul ruolo particolarmente delicato dell'autorità giudiziaria.

Anche in Germania il legislatore ha posto mano alla riforma della disciplina della crisi di impresa (*Insolvenzordnung*), con la legge del 5 ottobre 1994, entrata in vigore l'1 gennaio 1999. La scelta di fondo è stata quella di adottare un'unica procedura di regolazione della crisi di impresa, attivabile alla ricorrenza di tre presupposti oggettivi alternativi: rischio di insolvenza, insolvenza e sbilancio patrimoniale.

Il rischio di insolvenza si configura laddove il debitore prevedibilmente non sarà in grado di adempiere alle obbligazioni esistenti di prossima scadenza. In questo caso la procedura potrà essere aperta solo su istanza dello stesso debitore. A differenza del rischio di insolvenza, lo stato di insolvenza è l'incapacità irreversibile di adempiere alle obbligazioni scadute e la sua ricorrenza abilita i creditori a richiedere l'apertura della procedura di insolvenza. Infine, lo sbilancio patrimoniale, che si identifica con la prevalenza del passivo sull'attivo dell'impresa, è il presupposto per l'apertura della procedura a carico delle persone giuridiche. Ove esso ricorre gli organi amministrativi hanno l'obbligo, penalmente sanzionato, di richiedere l'apertura della procedura di insolvenza.

La finalità della procedura è quella della conservazione della impresa, che può essere perseguita attraverso o un piano di risanamento della situazione economico finanziaria, oppure mediante un piano di trasferimento dell'azienda ad un terzo assunto. In un caso o nell'altro le scelte operative sono affidate all'autonomia privata delle parti: debitore e creditori.

E' importante rilevare che la conservazione dell'impresa è concepita in termini strumentali al soddisfacimento concorsuale dei creditori, i quali rappresentano i protagonisti principali della procedura¹⁵.

L'esplicazione dell'autonomia privata trova nel piano di regolazione dell'insolvenza (*Insolvenzplan*) il suo strumento operativo che consente di adattare le scelte operative alle peculiarità del dissesto. Così, nella ipotesi in cui l'obiettivo della conservazione dell'impresa non sia praticabile, né con il piano

¹⁵ Cfr. Guglielmucci, *La procedura concorsuale unitaria nell'ordinamento tedesco*, in *Giur. Comm.*, 2000, I, 504.

di risanamento né con quello di cessione, il piano di insolvenza andrà a pianificare e regolamentare la liquidazione atomistica dell'azienda.

In questa procedura unitaria possiamo ravvisare i tratti strutturali e funzionali delle nostre procedure minori dell'amministrazione controllata e del concordato preventivo, con il vantaggio, tuttavia, di evitare i problemi legati alla consecuzione delle procedure concorsuali, alla mancanza di una disciplina dei rapporti giuridici pendenti e dell'accertamento del passivo, che, come è noto, costituiscono gli aspetti problematici di maggiore rilievo delle nostre procedure minori.

A questi indubbi vantaggi si aggiunge quello di rendere più elastico l'esercizio dell'autonomia privata delle parti, in termini tali da consentire ad esso di cogliere le specificità delle singole crisi. Nella nostra procedura di amministrazione controllata, seppure si persegue l'obiettivo del risanamento della impresa, tuttavia questo si realizza solo se l'imprenditore ritorna in bonis e dimostra di essere in grado di soddisfare tutti i suoi creditori.

Non vi è dunque spazio per rinunce o remissioni che consentano al debitore di liberarsi in parte del suo passivo. Dalla realtà pratica emerge il dato significativo che il risanamento della impresa passa anche dal sacrificio delle ragioni creditorie, che trova nel risanamento la propria contropartita.

Gli ampi insuccessi dell'amministrazione controllata sono dipesi anche da questa limitazione delle scelte operative dei soggetti interessati al risanamento della impresa.

Nella procedura unitaria tedesca questo ostacolo al risanamento è superato dalla elasticità del piano di insolvenza e dalla variabilità del suo contenuto.

Va inoltre rilevato che il piano di insolvenza può essere presentato oltre che dal debitore anche dal curatore su mandato dell'assemblea dei creditori.

Si può notare come l'iniziativa del curatore ad impulso d'ufficio, ma oggetto di uno specifico mandato da parte dei creditori, i quali indicano le finalità che con il piano devono essere perseguite: risanamento, cessione, liquidazione.

Anche nella procedura tedesca il ruolo del ceto creditorio è assunto a momento propulsivo fondamentale dell'intera procedura.

Il piano di insolvenza è soggetto all'approvazione da parte dei creditori ed alla omologazione. L'approvazione si basa sul consenso maggioritario dei

creditori divisi per classi omogenee determinate in ragione degli interessi economici dei singoli gruppi di creditori; il principio informatore è quello di regolare in modo uguale situazioni uguali, ed in modo diseguale situazioni diseguali.

L'esercizio del voto trova un limite nel divieto di abuso del diritto dei creditori (*Obstruktionsverbot*) che si traduce in un controllo da parte del giudice sulla convenienza e quindi sul merito del piano. Il giudice infatti potrà procedere alla omologazione del piano se questo risulta conveniente per i creditori dissenzienti a seguito di una valutazione comparativa tra i vantaggi previsti dallo stesso piano e quelli invece conseguibili in applicazione della disciplina legale. Si tratta di una valutazione particolarmente complessa che porta, inoltre, il giudice a valutare gli interessi dei creditori dissenzienti in rapporto al trattamento di quelli consenzienti.

Questa valutazione comparativa e di merito del piano manca, invece, nella ipotesi di assenso di tutti i creditori al piano: in questo caso l'omologazione dello stesso diviene un atto dovuto se il giudizio di sola legittimità sarà positivo.

Dalla breve e sintetica considerazione dei sistemi francese e tedesco di disciplina della crisi di impresa sono emersi alcuni dati interessanti anche per la valutazione del disegno di legge delega.

In particolare, ci sembra di poter rilevare che esso presenti un difetto che deve essere opportunamente emendato e che attiene alla scarsa considerazione degli interessi creditori nell'ambito delle due procedure.

I due sistemi esteri considerati dimostrano come questi interessi non possono essere pretermessi e che il risanamento della impresa di fronte all'insolvenza dell'imprenditore va assunta in termini di eccezione rispetto alla regola della liquidazione per il soddisfacimento dei creditori.

A questa filosofia di fondo andrebbe, inoltre, affiancata quella di una reale prevenzione della crisi attraverso misure di intervento capaci di eterodeterminare il destino della impresa; il che presupporrebbe tuttavia il superamento di una concezione puramente dominicale della stessa impresa.

5. Valutazione del disegno di legge delega alla luce dei postulati della impresa e del mercato

Un approfondimento delle tematiche sottese, in generale, alla riforma della disciplina della crisi di impresa ed, in particolare, al disegno di legge delega governativo, esige la considerazione del rilievo dei postulati dell'impresa e del mercato e dei riflessi che essi possono avere sulla individuazione delle scelte da adottare.

In questa sede non si intende svolgere una ricostruzione della teoria della impresa, quanto piuttosto rilevare che l'impresa appartiene al momento capitalistico dell'organizzazione sociale ed economica. L'impresa è espressione dell'organizzazione capitalistica sotto una duplicità di profili.

E', infatti, momento di organizzazione dei fattori produttivi, dalla cui combinazione ed utilizzazione nasce il valore aggiunto dell'avviamento; ma è anche attività economica professionale volta al profitto attraverso il soddisfacimento dei bisogni che emergono dal mercato.

L'efficienza della impresa, quale realtà dinamica che opera sul mercato e che vive di credito, è misurata dal metro finanziario. Ciò che rileva, infatti, nella valutazione della efficienza di una impresa non è tanto l'andamento del patrimonio netto, che dipende dal rapporto tra costi e ricavi di esercizio, quanto piuttosto la dinamica delle fonti e degli impieghi dei mezzi finanziari.

Tra le fonti finanziarie della impresa si colloca la gestione corrente della stessa, costituita dal succedersi delle tipiche operazioni aziendali: produzione e vendita. L'ordinato svolgimento di queste operazioni ed il collocamento sul mercato della produzione genera un flusso monetario positivo, la cui sussistenza evidenzia la gestione redditizia della impresa¹⁶.

La valutazione della efficienza della impresa secondo il metro finanziario è la riprova della sua dimensione capitalistica e dinamica.

L'impresa, inoltre, opera nel mercato secondo i criteri della concorrenza e del profitto: l'attitudine a generare profitto è data dalla capacità

¹⁶ Sulla differenza tra valutazione del momento economico patrimoniale e di quello finanziario: Brugger, *La nozione di insolvenza: un concetto che muta*, in *Fall.*, 1988, p. 9 ss. Queste considerazioni hanno particolare rilievo nella individuazione dell'insolvenza e delle cause che la determinano sotto un profilo aziendalistico: Tedeschi-Toschi, *Crisi di impresa tra crisi di sistema e dottrina manageriale*, in *Finanza, Marketing e produzione*, 1990, p. 77 ss; Caselli, *La crisi aziendale*, in *Tratt. di dir. comm. e di dir. pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, III, Padova, 1979.

di reggere la concorrenza delle altre imprese, assecondando la domanda di determinati beni espressa dai soggetti consumatori¹⁷. Le scelte produttive della impresa sono quindi condizionate dai fattori della concorrenza e della domanda: entrambi indirizzano le scelte dell'impresa, essendo il suo obiettivo quello di remunerare i capitali investiti attraverso il profitto.

Sotto un profilo economico l'impresa è una organizzazione di beni e di persone che assume un indubbio valore sociale per il mantenimento dei livelli produttivi ed occupazionali. L'impresa può, quindi, essere assunta in due diverse accezioni: una economica, l'altra giuridica.

In senso economico l'impresa è l'insieme organizzato di beni e di persone funzionale allo svolgimento dell'attività produttiva ed al cui vertice si colloca l'imprenditore, come soggetto che, investendo il proprio denaro, sopporta il rischio economico dell'attività.

In senso giuridico l'impresa appartiene alla disciplina della organizzazione capitalistica dell'attività economica: essa è oggetto di disciplina del diritto commerciale, il quale, pur inserendosi nella sistematica del diritto privato, tuttavia coglie le specificità del fenomeno imprenditoriale predisponendo una serie di norme che integrano e specificano il diritto privato.

Questa distinzione ci consente di rilevare che l'impresa esprime nella sua dimensione economica e sociale valori diversi ed ulteriori rispetto a quello specifico del profitto imprenditoriale. E' indubbio che l'impresa sia un valore sociale, quale cellula che compone il tessuto economico della società e che in una realtà economica fortemente caratterizzata nel senso della interdipendenza tra le unità produttive, essa costituisce un momento di aggregazione di fonti di ricchezza che meritano di essere preservate nelle ipotesi di crisi dell'attività¹⁸.

¹⁷ Cfr. Visentini, *Argomenti di diritto commerciale*, Milano, 1997, p. 4 ss, il quale rileva che l'impresa è sia una unità decisionale che una unità economica di produzione. Più precisamente afferma che *"Come unità di decisione, componente dell'aggregato imprese, ciascuna impresa è nei fatti individualmente condizionata dalla concorrenza dell'offerta delle altre imprese e dalla domanda libera delle famiglie e della pubblica amministrazione. Sicché, l'efficienza di ciascuna impresa dipende dalla capacità di reggere l'offerta concorrente; mentre la decisione sulla merce da produrre dipende dalle convenienze che esprime la domanda."*

¹⁸ Una importante riflessione sulla impresa come centro di riferimento di una pluralità di interessi non solo economici e produttivi ma anche sociali è quella di Rathenau, *Von Kommenden Dingen*, Berlino, 1917, il quale teorizzò il concetto di impresa in sé in una visione liberal-socialista del capitalismo.

Questo spiega la tendenza a predisporre un sistema di disciplina della crisi di impresa che si informa al principio della conservazione della stessa al fine o di risanarla o di cederla a terzi. Tuttavia, proprio in virtù della distinzione appena esposta tra valore sociale e capitalistico dell'impresa, è opportuno che i valori sociali che l'impresa esprime non siano assunti nel momento della disciplina privatistica e commerciale.

La presenza, infatti, di valori diversi, quale il mantenimento dei livelli occupazionali, non può rientrare nell'ambito di disciplina del diritto commerciale che per sua natura va a disciplinare interessi di indole strettamente patrimoniale e pienamente disponibili da parte dei soggetti che ne sono titolari.

Questo non significa che l'ordinamento non debba avere cura di questi valori eteroimprenditoriali, solo che il loro assetto di disciplina non può trovare sistemazione attraverso il diritto commerciale.

Ritornando all'esame del disegno di legge delega, si è constatato che esso, in riferimento al piano di risanamento ed al suo contenuto, prevede che questo debba comportare "per quanto possibile" la tutela dei livelli occupazionali. Ed in riferimento al programma di risanamento nella procedura di insolvenza il disegno di legge prevede che si debbano disciplinare le procedure di consultazione sindacale.

Queste previsioni inseriscono nel piano di disciplina privatistica della crisi di impresa interessi che hanno un rilievo sociale e che difficilmente possono essere regolati nel momento privatistico in cui la crisi o l'insolvenza della impresa evidenziano innanzitutto un pericolo di lesione o una lesione in atto degli interessi creditorî.

Riteniamo che la politica legislativa di tutela dei livelli occupazionali non possa realisticamente passare attraverso la disciplina della crisi di impresa, per di più medio-piccola, in senso economico, ma debba al contrario rispondere a criteri di disciplina degli assetti macroeconomici della società.

Non solo, ma la previsione che un piano di risanamento debba tenere conto dei livelli occupazionali è tautologica oltre che priva di una reale portata.

E' tautologica perché, come abbiamo già rilevato, nel concetto di conservazione o di risanamento dell'impresa rientra la tutela dei posti di lavoro. E' priva di una reale portata perché se, come si è dimostrato, il risanamento può essere conseguito, nella logica del disegno di legge, attraverso la cessione unitaria dell'azienda a terzi, la mancanza di una specifica sanzione per gli eventuali inadempimenti del terzo assunti con il relativo programma,

soprattutto in ordine al mantenimento dei livelli occupazionali, può rendere del tutto illusorio l'obiettivo del risanamento della impresa e quindi rendere priva di una reale portata applicativa e vincolante la previsione della tutela dei posti di lavoro.

Inoltre, l'inserimento nella procedura di insolvenza della consultazione sindacale ed in particolare nel momento centrale della predisposizione e presentazione da parte del debitore o di un terzo del programma di risanamento, nel quale è pure disciplinato il pagamento anche in percentuale dei crediti, può costituire causa di rallentamento della definizione concordata dell'assetto della impresa e dei suoi creditori, soprattutto all'interno di una procedura che, avendo come presupposto lo stato di insolvenza, per definizione dovrebbe essere intesa innanzitutto al più celere soddisfacimento dei creditori. Riteniamo che questo aspetto non debba essere sottovalutato, non fosse altro per la considerazione che anche i creditori di una impresa insolvente sono a loro volta datori di lavoro. Per cui a livello dell'interesse generale all'equilibrio del sistema produttivo è sicuramente più conveniente la rapida soddisfazione del credito di fronte al fenomeno della insolvenza, che non l'attendismo e l'impaccio procedurale, seppure giustificati dalla comprensibile ma illusoria intenzione di tutelare i livelli occupazionali nell'ambito della insolvenza della singola medio-piccola impresa.

Sarebbe, quindi, opportuno, per la coerenza e la funzionalità della disciplina della crisi di impresa, affidare la tutela del lavoro ad interventi di politica legislativa diversi da quelli predisposti per la disciplina del fenomeno commerciale, nel quale, a ben considerare, è la rapida definizione dei conflitti a rappresentare lo strumento operativo più idoneo a fronteggiare l'insolvenza della impresa, con ricadute positive sullo stesso sistema produttivo.

6- L'autotutela negoziale nella crisi di impresa

Lo scopo fondamentale del salvataggio della impresa in crisi è perseguito nell'impianto del disegno di legge delega attraverso la predisposizione di due procedure: quella di crisi e quella di insolvenza.

L'articolazione del sistema in due procedure concorsuali ripropone la serie di problemi che oggi contraddistinguono il rapporto tra amministrazione controllata, concordato preventivo e fallimento nel momento del passaggio

dall'una all'altra procedura: fenomeno che, come è noto, va sotto il nome di consecuzione delle procedure concorsuali.

Il disegno di legge delega ripropone dunque queste problematiche soprattutto sotto due profili: quello della prededucibilità dei crediti sorti nel corso della procedura di crisi e quello della retrodatazione del periodo sospetto per l'esercizio dell'azione revocatoria. In merito al primo problema, va detto che il disegno di legge prevede che i crediti sorti per la gestione della impresa e l'amministrazione del patrimonio del debitore sono prededucibili nella successiva fase della insolvenza.

Il disegno di legge delega non fa dunque alcuna distinzione, ai fini della prededucibilità, tra l'ipotesi in cui il piano preveda la conservazione della impresa per il suo risanamento e quella in cui la conservazione è finalizzata alla liquidazione unitaria dell'azienda attraverso la cessione a terzi.

Come è noto, l'attuale orientamento giurisprudenziale in tema di consecuzione delle procedure concorsuali, ai fini dell'applicazione del regime della prededucibilità, ex art. 111, 1° c., n.1, l.fall., distingue i crediti sorti nel corso dell'amministrazione controllata da quelli sorti nel corso del concordato preventivo, riconoscendo la prededucibilità nel successivo fallimento solo ai primi. La ragione della distinzione risiede nella finalità liquidatoria del concordato preventivo, ritenendosi che il riconoscimento di un trattamento preferenziale dei creditori sorti nel corso della procedura minore sia giustificato solo ove la contropartita sia il risanamento della impresa¹⁹.

Si è rilevato che la procedura di crisi racchiude in sé elementi dell'amministrazione controllata e del concordato preventivo, senza però che questo abbia, nei criteri di disciplina della prededuzione, alcuna rilevanza. Il riconoscimento generalizzato della prededuzione, anche per le ipotesi in cui la

¹⁹ In questo senso: Cass. 26 giugno 1992, n. 8013, in *Fall.*, 1992, p. 1027; Cass. 2 maggio 1994, n. 4236, in *Fall.*, 1994, p. 1253; Cass., 27 ottobre 1995, n. 11216, in *Fall.*, 1996, n. 529; un accenno di apertura alla prededucibilità anche per il concordato preventivo si ravvisa in Cass. 5 agosto 1996, n. 7140, in *Fall.*, 1997, p. 269, a tenore della quale “ *Quest'ultima norma (id est art. 111, n.1) trova applicazione nella procedura di concordato preventivo quando la gestione della impresa ne abbia costituito modalità essenziale, purché sia stata parte della proposta di concordato, sia stata oggetto dell'ammissione da parte del Tribunale, nonché dell'approvazione dei creditori e sia stata oggetto dell'omologazione finale.*”

procedura abbia una connotazione funzionale liquidatoria del complesso aziendale, seppure in termini unitari, può apparire non giustificata, soprattutto se si considera l'effetto perverso che la prededucibilità comporta sul piano della consumazione dell'attivo patrimoniale.

Un altro aspetto problematico della consecuzione è quello legato alla retrodatazione del periodo sospetto per l'azione revocatoria al momento di apertura della prima procedura. Retrodatazione che attualmente si basa sulla discutibile e discussa equiparazione della temporanea difficoltà ad adempiere alla insolvenza, e che, peraltro, lede il principio di certezza delle situazioni giuridiche.

Questi aspetti problematici, che il disegno di legge delega ripropone, possono costituire motivo di disincentivo dell'interesse dei creditori pregressi alla procedura di crisi, potendo essa risolversi in uno strumento non pienamente corrispondente alle loro ragioni di tutela.

Riteniamo che una significativa e reale innovazione nel nostro sistema, capace di superare i problemi posti da una impostazione rigida della disciplina della crisi di impresa, sia quella di incentivare l'autotutela negoziale dei creditori attraverso una regolamentazione snella ed efficiente degli accordi stragiudiziali di composizione della crisi. I vantaggi di questa tecnica di tutela sono rilevanti sotto molteplici aspetti.

Innanzitutto, si affida alla regolamentazione privata la composizione di un conflitto di interessi di carattere patrimoniale e dunque disponibile, attraverso la predisposizione e l'adozione di quelle misure che il confronto tra creditori e debitore evidenzia come più convenienti. Inoltre, si risolverebbe il problema della prededuzione, in quanto la continuazione della gestione corrente della impresa, secondo i criteri, le condizioni, ed i nuovi assetti finanziari previsti dalle convenzioni, consente di generare un flusso di cassa con il quale i creditori vengono soddisfatti. In sostanza la garanzia dei creditori che rischiano nuova finanza sta nella ripresa dell'attività economica e non in un trattamento preferenziale rispetto ai creditori pregressi.

Questa soluzione solleciterebbe il ceto creditorio ad una migliore attenzione alla fattibilità del risanamento, nella consapevolezza che il recupero del credito è legato esclusivamente alla ripresa economica della impresa e non ad un trattamento di favore predisposto *ex lege*, peraltro difficilmente conciliabile con il principio della *par condicio creditorum* nella sua dimensione processuale.

Il meccanismo dell' autotutela negoziale potrebbe essere inserito nel sistema della concorsualità prevedendo, ad esempio, la possibilità da parte del debitore di presentare una istanza al Tribunale competente che, accertando la pendenza di serie e corrette trattative di definizione concordata della crisi con il ceto creditorio, disponga la sospensione delle azioni esecutive individuali, al fine di ufficializzare la pendenza delle trattative e di mantenere una situazione di parità tra tutti i creditori della impresa²⁰.

Il Tribunale interverrebbe, quindi, su sollecitazione del debitore rivestendo la veste di organo giurisdizionale di garanzia sul corretto svolgimento dell'accordo inter partes e che culminerebbe con il giudizio omologatorio di sola legittimità, ove il programma di sistemazione della crisi sia stato all'unanimità approvato dai creditori, o anche di merito, secondo il criterio del "best interest of creditors test"²¹, nella ipotesi in cui vi siano state opposizioni da parte dei creditori.

Il contenuto dell'accordo verrebbe affidato allo svolgimento dell'autonomia privata e verrebbe consegnato ad un programma di gestione della crisi sul quale raccogliere il consenso maggioritario dei creditori, divisi per classi; e l'intervento dell'autorità giudiziaria dovrebbe essere configurato solo

²⁰ Sostiene la tesi che la gestione della crisi di impresa debba essere affrontata con la previsione di due procedure, di cui una stragiudiziale e di risanamento, e l'altra giudiziale di conservazione della impresa o liquidazione del patrimonio: Alessi, *Innovazioni, contraddizioni, equivoci, e carenze del disegno di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2001, p. 141 ss.

²¹ Questo criterio di valutazione del piano è previsto nella procedura di *reorganization* di diritto statunitense, disciplinata dal *Chapter 11* del Titolo 11 dello *United States Code*, e consente al giudice di verificare se il creditore, la cui posizione è pregiudicata dal piano e ad esso abbia fatto opposizione, non riceva meno di quanto potrebbe ottenere attraverso una liquidazione fallimentare. La procedura di *reorganization* è stata oggetto di attenzione anche da parte della dottrina italiana: Marelli, *La procedura di riorganizzazione prevista dal capitolo 11 del Bankruptcy Code degli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, p. 565; Bronzini, *USA: fallimento e concordato negli Stati Uniti d'America*, in *Dir. Fall.*, 1986, I, p. 384; coglie bene la funzione della procedura di *reorganization*, citando una sentenza statunitense: Castagnola, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, 1993, p. 308, nota 2, dove si legge che "Debtors are given a choice of either a reorganizational process, which preserves the going concern value of assets, or liquidation by a trustee (...). The provisions of those chapters (Chapters 11, 12, 13, n.d.r.) generally permit debtors to retain assets, to restructure most secured debts, and to repay obligations over an extended period of time." Nella dottrina statunitense, ved.: Corotto-Picard, *Business reorganizations under the Bankruptcy Reform Act of 1978- a new approach to investor protections and the role of the SEC*, in 28 *De Paul L. Rev.*, 1978, p. 961; Dobbs, *Reorganizations under Chapter 11 of the Bankruptcy code*, Norcross, 1980; Hopper, *Confirmation of a plan under Chapter 11 of the Bankruptcy Code and the effect of confirmation on creditors' rights*, in 15 *Indiana L. Rev.*, 1982, p. 501; Trost, *Business reorganizations under chapter 11 of the new Bankruptcy Code*, in 34 *Business Lawyer*, 1978-79, p. 1309.

su sollecitazione degli interessati per la repressione di atti o comportamenti contrattuali contrari al principio della buona fede ed a quello della completa e corretta rappresentazione della consistenza patrimoniale della impresa e più in generale di tutti quegli elementi contabili che consentono di valutare le prospettive reddituali della stessa.

L'esercizio dell'autotutela negoziale non si risolverebbe, quindi, in una procedura in senso stretto, ma in una tecnica di gestione della crisi a fasi procedimentalizzate per la tutela degli interessi appena esposti.

L'elaborazione di una disciplina degli accordi di sistemazione della crisi di impresa, dovrebbe accompagnarsi alla previsione di un'unica procedura concorsuale, sul modello tedesco già evidenziato, avente come presupposti l'insolvenza o il pericolo di insolvenza, e finalizzata anche al risanamento della impresa ove ne ricorrano i presupposti.

Questa finalità, però, non sarebbe una duplicazione di quella degli accordi stragiudiziali, in quanto questi possono essere finalizzati anche alla disciplina di una liquidazione concordata del patrimonio del debitore e non necessariamente al risanamento della impresa. La procedura concorsuale unitaria si configurerebbe allora come forma di tutela giurisdizionale del credito, oltre che come procedura volta anche alla conservazione della impresa, attivabile ove appunto l'esercizio dell'autotutela negoziale non abbia avuto successo o ad essa non si sia fatto ricorso.

Riteniamo, quindi, che un assetto di disciplina degli accordi stragiudiziali per la sistemazione della crisi di impresa, secondo lo schema della gestione della crisi a fasi procedimentalizzate, consentirebbe di rispondere con maggiore adeguatezza alla esperienza dell'attuale realtà, riconoscendo a livello normativo la meritevolezza di uno strumento negoziale meglio corrispondente alle regole di mercato.

7-Conclusioni

Con le considerazioni svolte si è inteso offrire un contributo che possa sollecitare spunti di riflessione in merito alla tematica della riforma delle procedure concorsuali. Il disegno di legge delega governativo è certamente apprezzabile sotto una molteplicità di profili.

Innanzitutto, dimostra che finalmente è giunta all'attenzione del potere esecutivo l'istanza di cambiamento del sistema concorsuale nell'ottica di un suo snellimento e della efficienza operativa dei rimedi praticabili.

Inoltre, come si è potuto rilevare, esso recepisce alcune importanti esigenze emerse nella realtà operativa, in particolare in punto di: -limitazione temporale dell'assoggettabilità alle procedure concorsuali anche per gli ex soci illimitatamente responsabili e per le società cessate; -valorizzazione del carattere indennitario della revocatoria fallimentare e quindi esclusione da essa degli atti di gestione ordinaria della impresa e riduzione del periodo sospetto; - previsione di forme agili e spedite per la liquidazione dei beni; - responsabilità sia per abuso di direzione unitaria che per abuso della personalità giuridica.

Il disegno di legge delega esclude invece dalla riforma la disciplina della liquidazione coatta amministrativa delle imprese bancarie, assicurative, di intermediazione finanziaria, di investimento e fiduciarie, prevedendo soltanto che il legislatore delegato coordini la disciplina speciale per queste imprese con la riforma delegata.

In sede di coordinamento si dovrebbe prestare particolare attenzione alla tematica della tutela dei creditori in queste procedure: questione non semplice se si considera che essa si scontra con le esigenze proprie di ordinamenti di settore come quello bancario ed in particolare con il segreto bancario.

Detto questo, si rileva conclusivamente che l'impostazione di fondo del disegno di legge non è invece condivisibile. Riteniamo, in primo luogo, che l'appiattimento dei creditori su posizioni del tutto marginali, soprattutto in riferimento al programma di risanamento nella procedura di insolvenza nella ipotesi in cui questo sia presentato dal curatore o da un terzo, non corrisponda ad una adeguata strutturazione della procedura, per di più pensata per fronteggiare l'insolvenza dell'impresa.

Questo ridimensionamento del ruolo del ceto creditorio probabilmente dipende dalla forte caratterizzazione funzionale di risanamento che si è inteso dare ad entrambe le procedure; senza, però, considerare che, non solo si incorre in una duplicazione di finalità, ma l'insistere eccessivamente nel perseguimento di questo obiettivo si ripercuote a danno degli stessi creditori e dei lavoratori dell'impresa.

A ben considerare l'obiettivo del risanamento dell'impresa in crisi va contestualizzato nell'ambito di un sistema di prevenzione della stessa. Si è visto

che nell'ordinamento francese la riforma del 1994 rileva una particolare attenzione del legislatore alla prevenzione, dando ad essa forma istituzionali ed operative. La prevenzione presuppone, tuttavia, il superamento, da un lato, di una concezione dominicale della impresa, come cosa propria dell'imprenditore, rispetto alla quale ogni intromissione che non sia giustificata da uno stato di completo dissesto non è consentita, e dall'altro delle asimmetrie informative che sono presenti nel nostro sistema economico e che portano solo determinati operatori a conoscere con un certo grado di attendibilità lo stato economico-finanziario di una impresa.

Una reale ed efficiente riforma dovrebbe quindi passare attraverso:

- la istituzionalizzazione di un sistema di prevenzione; -la valorizzazione dell'autonomia privata nella gestione stragiudiziale della crisi, con interventi giurisdizionali solo nei momenti del controllo del rispetto della par condicio e della repressione di abusi e frodi contrattuali;

- la semplificazione delle attuali procedure concorsuali mediante un accorpamento ragionato ed armonico dell'amministrazione controllata e del concordato preventivo, che verrebbero in questo modo rivisitate in chiave unitaria, ma non espunte dal nostro sistema;

- l'affidamento della gestione delle procedure a società specializzate con superamento della figura del curatore e del commissario giudiziale.

Riteniamo che questi criteri di orientamento della riforma consentirebbero al nostro sistema concorsuale di cogliere un elevato *target* di efficienza.