UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI
FEDERICO II

Facoltà di Economia
Dottorato di Diritto dell'Economia
Diritto delle imprese in crisi
XXII ciclo

Il piano attestato di risanamento

Tutor
Ch.mo Prof. Domenico Buonomo

Candidata
Dott.ssa Flora Fiume

Coordinatore del dottorato
Ch.mo Prof. Francesco Lucarelli

Anno Accademico 2008/2009

INDICE

CAPITOLO 1 *2*

"CRISI DI IMPRESA ED EVOLUZIONE DELLE SOLUZIONI CONCORDATE" *3*

1.1. Al mercato non si va impreparati, ma è sempre meglio essere tutelati. **3**
1.2. *L'economia moderna e il fallimento della procedura fallimentare* 7
1.3. Il concordato stragiudiziale 14
1.4. Gli accordi stragiudiziali tra libertà e certezza giuridica: primi tentativi di riforma 19

1.5. Presupposto oggettivo: i nuovi concetti di crisi e insolvenza **23**

CAPITOLO 2 *46*

"LO SGUARDO STRANIERO SULLA CRISI DI IMPRESA" *46*
2.1.1 La *reorganization* secondo il modello statunitense 46
2.1.2. La procedura del Chapter 11 57
2.2. "*L'approccio londinese*" 64
2.3. Le procedure di prevenzione francesi 73
2.4. *Insolvenzordnung*: la procedura unitaria e l'*Insolvenzplan* 87
2.5. Spunti e modelli stranieri: tirando le somme 95

CAPITOLO 3 *97*

"IL PIANO ATTESTATO DI RISANAMENTO" *97*
3.1. Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione. 97
3.2. Il piano attestato di risanamento. Profili descrittivi. 118
3.3. Il risanamento dell'impresa e la *par condicio creditorum.* 125
3.4. La responsabilità dell'esperto. 133
3.5. Il controllo del giudice tra merito e legittimità. 154

CAPITOLO 4 *161*

"LE BANCHE" *161*
4.1. Il ruolo delle banche: profili generali 161
4.2. Evoluzione dell'intervento bancario nelle crisi di impresa 167
4.3. Il Codice di Comportamento dell'ABI 172
4.4. Profili di responsabilita' del ceto bancario 181

CAPITOLO 1

"Crisi di impresa ed evoluzione delle soluzioni concordate"

1.1. Al mercato non si va impreparati, ma è sempre meglio essere tutelati.

"*Al mercato non si va impreparati*". L'espressione, di indubbio buon senso, non appartiene però tradizionalmente agli ordinamenti giuridici europei continentali, quanto piuttosto a quelli di stampo anglosassone.

Sin dai tempi del diritto romano, infatti si è sentita più forte l'esigenza di tutelare innanzitutto il creditore, e perciò il diritto aveva sviluppato, da subito, alcuni strumenti atti a tale scopo.

A cominciare con la più antica *manus iniectio,* mediante la quale il debitore veniva assegnato fisicamente al creditore, che ne poteva disporre come meglio avesse voluto, potendolo sottoporre alla schiavitù, potendolo vendere e potendo arrivare sino alla sua uccisione: ad una tutela satisfattiva da un punto di vista economico per il creditore si affiancava anche un intento punitivo per il debitore, che subiva innanzitutto un giudizio morale, perdendo la sua libertà.

In un periodo successivo, furono poi introdotte delle procedure a carattere patrimoniale, basti pensare alle cd. *missiones in possessionem*, provvedimenti con i quali il magistrato *cum imperio* autorizzava taluno all'immissione nella detenzione o nel possesso dei beni di un altro, con una finalità cautelare oppure di costrizione indiretta dell'adempimento. Il campo più vasto e importante di applicazione, nonché quello più vicino al moderno fallimento, era quello della c.d. *missio in bona rei servandae causa*, mediante la quale vi era la immissione di tutti i creditori nel patrimonio di un debitore in stato di insolvenza. Le *missiones* avevano però un'applicazione temporale limitata: decorso il termine previsto[1], i creditori erano autorizzati a passare alla *bonorum venditio*, alla vendita in blocco del patrimonio, o in taluni casi alla *bonorum distractio*, cioè alla vendita alla spicciolata di singoli beni del patrimonio, fino alla concorrenza dell'ammontare dei crediti[2] [3].

[1] Il tempo previsto era di 15 o massimo 30 giorni: assai stringente a dire il vero, soprattutto se paragonato alle lungaggini procedimentali e processuali di oggi.

[2] Quanto all'origine storica della *bonorum venditio* molto discussa in dottrina, tra le varie tesi, la più convincente sembra essere quella che la fa risalire, addirittura, ad un periodo tra il sec. II e il secolo I a.C., Guarino, Diritto privato romano, Napoli, 2001, nt p.270.

A quello stesso periodo alcuni fanno risalire, accanto agli strumenti di tutela del credito garantita dall'intervento di un magistrato, le prime forme di accordi stragiudiziali tra creditore e debitore[4], come ad esempio il cd. *pactum quo minus solvatur.*

Nato per i debiti ereditari, questo istituto aveva ad oggetto un accordo tra le parti con cui il creditore limitava congruamente le sue pretese. Tale istituto fu in un primo periodo strettamente volontaristico, impegnando in tal modo solo i creditori che lo avessero accettato. Solo in un periodo successivo[5] iniziò a prevalere il principio per il quale la maggioranza dei creditori, calcolata in relazione all'ammontare totale del passivo, impegnasse la minoranza

[3] Era prevista anche la figura del *curator bonorum*, per la conservazione del patrimonio del debitore, con ampi poteri anche rispetto ai creditori immessi, e che poteva spingersi fino a chiedere la revoca degli atti compiuti dal debitore in frode alla legge; fermo restando che egli agiva comunque su autorizzazione della maggioranza. Inoltre nella fase eventualmente successiva della *bonorum venditio*, si prevedeva l'elezione di un *magister bonorum*, che si occupava dell'inventario dei beni, delle attività del *decoctor*, redigendo un bando di vendita all'incanto. Non è difficile riconoscere le stesse figure presenti oggi nelle nostre procedure concorsuali: il curatore, il comitato dei creditori, il tribunale.

[4] Rezzara, Il concordato nella storia,nella dottrina e nella giurisprudenza, Torino, 1901; Rocco, Il concordato nel fallimento e prima del fallimento, Torino, 1902

[5] Ci si riferisce al periodo postclassico e giustinianeo.

nell'accettazione di un pagamento limitato, in proporzione al credito da ciascuno vantato[6].

E allo stesso periodo risale anche il cd. *pactum de non petendo*, strumento con cui il creditore si obbligava a non esigere più l'adempimento (e in questo caso assumeva natura di remissione del credito) o non esigerlo per un determinato periodo di tempo o in certe circostanze (con efficacia dilatoria).

Vi è, tuttavia, chi inquadra l'origine dei primi tentativi di accordi stragiudiziali con il diffondersi delle prime procedure interamente giudiziali, e quindi con la tarda età intermedia, nelle quali la novità consisteva nella presenza di un'autorità giudiziaria che aveva il potere di omologarli, dichiarandone, così, la validità erga omnes[7].

Infine non manca chi inquadra la nascita degli accordi stragiudiziali a partire dal XIII secolo, quando cioè le misure satisfattive sul patrimonio del debitore prevalgono su quelle

[6] Lo stesso Guarino lo definisce letteralmente "*una sorta di concordato preventivo, preventivo rispetto all'esecuzione processuale*", op. cit. p. 818.

[7] Mazzocca, Manuale di diritto fallimentare, Napoli, 1996, p.15 e ss.; Ferrara jr. e Borgioli, Il fallimento, Milano, 1995, p.51 e ss., Frascaroli Santi, Il concordato stragiudiziale, Padova, 1984, p.9 e ss., e pagg. 278 e ss., Santarelli, Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia, Padova, 1964.

esecutive sulla sua persona; il favorire questo passaggio origina dall'opportunità di dare maggiore possibilità al debitore di addivenire ad una vera e propria trattativa col creditore, così da attuare anche una maggiore soddisfazione dei diritti dei creditori.

Il fallito che, secondo la celebre definizione di Baldo, "*est decoctor, ergo fraudator*" doveva essere punito proprio per il suo ingannare, il suo *fallere*. Perciò veniva sottoposto al pubblico ludibrio, fino a giungere all'obbligo di indossare simboli del suo fallimento (come dei particolari cappelli), di vedere la propria effige pubblicata sui muri, così da potere essere riconosciuto da chiunque e essere indicato e offeso con disprezzo.

Onde evitare queste conseguenze dai risvolti tanto penali, quanto sociali, si diffuse la prassi per il fallito di accordarsi con la maggioranza dei creditori.

1.2. *L'economia moderna e il fallimento della procedura fallimentare*

La disciplina fallimentare italiana ha da sempre risentito fortemente delle sue origini: come allora, anche nei tempi più moderni, l'accordo con i creditori costituiva comunque l'eccezione, ma la regola era l'aspetto altamente sanzionatorio e punitivo del trattamento a cui era sottoposto il fallito, visto come "*un male infettivo da circoscrivere*", dovendo prevalere l' "*interesse supremo e statuale alla tutela dell'economia e del credito*"[8].

Vero è anche che fino alla legislazione dello scorso secolo, la tutela dell'economia in generale poteva ben passare attraverso la distruzione di un'impresa: anche nel '42, il panorama italiano era costellato da piccole imprese mercantili, spesso individuali, che operavano in un clima di grande fungibilità, nel quale non vi erano particolari conseguenze per la collettività se ad un'impresa se ne sostituiva un'altra.

Ma l'economia e il commercio si sono evoluti e con essi le regole del mercato che ha abbandonato del tutto i suoi confini: l'iniziativa economica è divenuta un bene costituzionalmente previsto e tutelato e le forme di tutela dell'impresa si sono modificate.

[8] D'avack, La natura giuridica del fallimento, Padova, 1940, p. 25 e ss.

Tanto che accanto alle norme civilistiche e penalistiche poste a tutela dei creditori, si sono sviluppati degli strumenti giuridici ed economici, volti a consentire ed aiutare l'imprenditore a superare la crisi temporanea, permettendo da un lato ai suoi creditori di non dover rinunciare a parte del loro credito, e dall'altro di conservare il più possibile la ricchezza che fa capo ad un'impresa, che vuol dire salvaguardare anche l'interesse pubblicistico dell'economia, in termini di produzione, indotto e occupazione.

Proprio per salvaguardare l'interesse pubblico superiore, pur senza trascurare del tutto la tutela del creditore, accanto al fallimento, giudicato talvolta addirittura dannoso[9] si è focalizzata sempre più l'attenzione su talune procedure che favoriscono l'imprenditore cd. "onesto, ma sfortunato".

Già prima del regio decreto del 1942 era stato introdotto lo strumento del concordato preventivo che consentiva di tutelare, prima ancora che l'interesse dei creditori, quell'interesse superiore che porta a tutelare la produzione e l'economia.

[9] Carnelutti, Espropriazione del creditore, in Riv. Dir. comm., 1931, I, p. 676 che afferma che "*per la cura dell'insolvenza il fallimento non solo non basta, ma non giova e anzi fa più danno*".

E questa finalità non era quella del fallimento, la cui ragione e il cui fine ultimo sta nella liquidazione del patrimonio del commerciante oberato e insolvente destinato poi ad essere distribuito in misura proporzionale tra i creditori[10].

D'altra parte la stessa legge fallimentare più che una legge sostanziale è stata inquadrata da autorevole dottrina[11] nel novero delle leggi processuali[12], poiché in essa non si determinano i diritti, ma piuttosto si riconoscono quelli già esistenti per soddisfarli.

La legge fallimentare del '42 si è inserita ancora in uno schema in cui vi era un forte intervento pubblico nell'economia nazionale, dettato non solo da ragioni politiche, ma anche da ragioni strettamente economiche che nei primi decenni del secolo scorso avevano portato ad un ricorso diffuso al sostegno dello Stato: assai forti erano in quegli anni i

[10] Bonelli, Del fallimento, in Bensa, Monelli, Brunetti et altri, Commentario al Codice di Commercio, I, Milano, 1936

[11] E' del Vivante l'affermazione secondo cui "*il fallimento non appartiene al diritto sostanziale, ma piuttosto alla legge processuale, perchè ha essenzialmente lo scopo di far riconoscere diritti che già esistono all'apertura della procedura concorsuale*".

[12] Di talchè si giustifica il prolungato disinteresse del legislatore fallimentare rispetto alla materia degli accordi tra debitore e creditori, avendo a lungo considerato che la sede elettiva per la composizione dell'insolvenza dovesse essere quella processuale. V. anche Di Marzio, Le soluzioni concordate della crisi di impresa, doc.n.84, in www.ilcaso.it

legami tra il potere pubblico e il ceto bancario, e tra quest'ultimo e le imprese.

Tanto che con la crisi del '29, e le conseguenze da essa derivanti anche negli anni successivi, si verificò anche il crollo del sistema bancario, per lo stretto intreccio di cui si è detto, che era arrivato a favorire il largo diffondersi della cosiddetta banca mista, proprietaria anche di partecipazioni industriali.

La soluzione più ovvia sembrò rafforzare ancora di più il legame tra le industrie e lo Stato, chiamato ad intervenire nei settori dell'economia in crisi.

E così anche dopo, durante la fase di ricostruzione post-bellica e nel periodo successivo alla seconda guerra mondiale, il nuovo periodo di crisi portò anche alla costituzione di organismi pubblici diretti a soccorrere le imprese in crisi.

Con la crisi degli anni '70, in un panorama industriale ed economico oramai modificato, si inizia a comprendere quanto poco adeguato sia lo strumento del fallimento: nascono quindi strumenti come l'amministrazione controllata e l'amministrazione straordinaria (legge Prodi, legge 12 agosto 1972 n.675, riconversione del sistema industriale, legge 5 dicembre 1978 n.787, ristrutturazione finanziaria attraverso

consorzi bancari), al fine di cercare di mantenere in vita le imprese piuttosto che accompagnarle verso la tomba della liquidazione.

La ricomposizione della crisi si veniva, dunque, arricchendo di nuovi strumenti che però nascono col difetto di non avere uno sviluppo razionale e, pertanto, sono sottoposti presto a forti critiche[13]: con l'affermarsi dei nuovi principi di economia di mercato, e l'imposizione delle prime regole comunitarie, l'intervento pubblico nell'economia nazionale necessitava comunque di una battuta di arresto.

Nella gestione della crisi, quindi, si è preso spunto dagli altri Paesi, vista anche la palese inadeguatezza del sistema tradizionale di fronteggiare le esigenze che derivano dalle crisi.

Gli ordinamenti esteri, prima ancora di quello italiano, hanno compreso che al garantismo delle aule di tribunale non può corrispondere il rispetto delle esigenze di una rimozione o ricomposizione rapida della crisi, e quindi si è ben presto

[13] Minervini parla di *"una sorta di Dunkerque economica contraddistinta da confusione e improvvisazione"* in "Alcune riflessioni in tema di composizione della crisi dell'impresa industriale", in Problemi attuali dell'impresa in crisi, scritti in memoria di G.ferri, Padova, 1983, p.14 e ss.

aperta la strada a soluzioni tutte privatistiche nate anche dall'esigenza di soddisfare il prima possibile i creditori, che nell'ambito di una procedura concorsuale come il fallimento possono far valere i propri diritti ma non si sa in quanto tempo[14].

Proprio per ovviare ai problemi che sorgono dall'espletamento delle procedure concorsuali come disciplinate dalla legge, soprattutto per ovviare ai costi, ai formalismi e alle incognite anche in termini di recupero effettivo dei crediti, che sempre più spesso si è assistito al proliferare delle soluzioni stragiudiziali.

[14] Nella relazione illustrativa del decreto legislativo di riforma delle procedure concorsuali si legge che essa "*deve ispirarsi ad una nuova prospettiva di recupero delle capacità produttive dell'impresa, nelle quali non è più individuabile un esclusivo interesse dell'imprenditore, secondo la ristretta concezione del Legislatore del '42, ma confluiscono interessi economici e sociali più ampi che privilegiano il ricorso alla via del risanamento e del superamento della crisi aziendale. Nella legislazione dei paesi europei si è da tempo affermata la tendenza non dissimile volta a considerare le procedure concorsuali non più in termini meramente liquidatori-sanzionatori, ma piuttosto come destinate ad un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa, assicurando la sopravvivenza, ove possibile, di questa e, negli altri casi, procurando alla collettività, ed in primo luogo agli stessi creditori, una più consistente garanzia patrimoniale attraverso il risanamento e il trasferimento a terzi delle strutture aziendali. Con la conferita delega, il legislatore ha inteso allinearsi agli Stati Membri dell'Unione europea ed introduce una nuova disciplina concorsuale per la regolamentazione dell'insolvenza che semplifichi le procedure attualmente esistenti e sopperisca in modo agile e spedito alla conservazione dell'impresa e alla tutela dei creditori*".

Ovviamente, ciò ha comportato l'abbandono dell'ombrello protettivo di un qualche controllo pubblicistico, col sorgere della prassi di accordi privatistici tra debitore e (tutti o alcuni de)i creditori che, pur capaci spesso di portare al superamento della crisi di impresa, sono disciplinati dalle normali regole di diritto civile.

Vi è stata quindi una sempre maggiore diffusione di forme di risoluzione stragiudiziale della crisi, guidata dalla tendenza dell'intero sistema capitalistico alla privatizzazione delle procedure concorsuali[15].

1.3. Il concordato stragiudiziale

I varii accordi stragiudiziali si fanno confluire in una definizione globale di "concordato stragiudiziale"[16].

[15] Rossi, Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale, in Riv. Soc., 1996, p. 321 e ss.

[16] La dottrina si è spesso interrogata sulla natura dei cc.dd. concordati stragiudiaziali. Cfr. Bonelli, Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese, in Giur. Comm., 1997, p. 448 e ss.; Oliva, Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione, in Fall., 1999, p. 825 e ss.; Domenichini, Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato di insolvenza, in Dir. Fall., 1996, p. 840 e ss.; Schlesinger,

Alla tesi unitaria di chi tende a vedervi un unico contratto, poiché destinato all'unica finalità di dare un'alternativa a debitore e creditori al fallimento, si contrappone la tesi atomistica, che preferisce considerare i singoli contratti autonomamente, e pertanto soggetti ad una disciplina non uniforme.

Si tendono a far confluire nella definizione di concordato stragiudiziale, infatti, fattispecie negoziali differenti, seppure nel caso di specie indirizzate, come si è detto, ad un unico scopo: vi possono essere cessione di beni, mandato *in rem propriam*, *pactum de non petendo*[17], postergazione dei crediti, *pactum ut minus solvatur*, accollo di crediti, consolidamento di interessi, piani di rifinanziamento, concessione di pegni e ipoteche o altre forme di garanzia.

Convenzioni bancarie di salvataggio, in Fall., 1991, p. 893 e ss.; Frascaroli Santi, Crisi di impresa e soluzioni stragiudiziali, in Tratt. Dir. Comm. e dir. Pubbl. Econ., diretto da F. Galgano, XXXVII, Padova, 2005, p.199; Patti, Crisi di impresa: definizioni stragiudiziali, in Fall. 2003, p. 477 e ss.

[17] Vi è chi non fa rientrare il *pactum de non petendo* nel più ampio *genus* di concordato stragiudiziale, dal quale si differenzierebbe sia da un punto di vista strutturale, poiché il primo consisterebbe in un atto di natura negoziale esecutivo di un regolamento contrattuale cui normalmente accede, mentre il concordato ha natura contrattuale; le differenze verterebbe pure sul profilo degli effetti, non avendo il *pactum de non petendo* alcuna natura remissoria, e non comportando dunque la estinzione dell'obbligazione, ma avendo l'unica funzione di rendere inesigibile il credito, poiché con esso si paralizza qualsiasi azione giurisdizionale del creditore. Patti, Crisi di impresa: definizioni stragiudiziali, in Il Fallimento, 2003, n.5, p. 477

E' evidente che in questi casi non vi è una vera e propria estinzione dei debiti, poichè spesso si vengono solo modificando i termini esclusivamente temporali della manifestazione della pretesa.

Ovviamente questi accordi non sono stati visti positivamente dalla giurisprudenza che in essi ha riconosciuto solo un modo per ovviare alle regole delle procedure concorsuali, prima su tutte, la *par condicio creditorum*[18].

Ad un primo atteggiamento di chiusura si è però risposto con una sempre maggior apertura, seppure prudente, fino ad arrivare all'ammissibilità di tali patti sempre che fossero

[18] "*Ai fini dell'assoggettamento di un'impresa alla procedura fallimentare, è privo di rilevanza l'eventuale "pactum de non petendo", integrante una moratoria nei pagamenti finalizzata ad un regolamento stragiudiziale delle pendenze debitorie, in quanto una siffatta convenzione, anche se stipulata dal debitore con tutti i creditori, consentirebbe un inammissibile concordato privatistico contrastante con i fini pubblicistici che sono alla base dell'istituto fallimentare*", Corte appello Roma, 1 luglio 1985, Fall., 1986, 97; "*Nell'ordinamento vigente - stante l'obbligo dell'imprenditore insolvente di richiedere il proprio fallimento e di non avventurarsi in un concordato stragiudiziale che costituisce di per sè colpa grave - non residua spazio alcuno per il concordato stragiudiziale dell'imprenditore che versi in stato di insolvenza, dovendosi riconoscere come lecito e consentito solo il concordato stragiudiziale proposto dall'imprenditore non insolvente che tenti di chiudere la propria attività tacitando i creditori con pagamenti decurtati. L'assistenza prestata da un professionista per perseguire uno scopo vietato dal legislatore non può essere compensata: pertanto va respinta la domanda di ammissione al passivo fallimentare del credito vantato dal legale verso l'imprenditore per l'assistenza prestata nel tentativo di concordato stragiudiziale non riuscito, non essendo previsto onorario alcuno per questa attività dalla vigente tariffa.* In Tribunale Ferrara, 28 giugno 1980, Giur. comm. 1981, II, p.306 e s..

stipulati con tutti i creditori allo stesso modo, e sempre che fossero indirizzati al fine di rimuovere l'insolvenza[19].

Non si possono tralasciare nella valutazione degli strumenti più idonei a superare la crisi di impresa una serie di valutazioni.

Innanzitutto, se da un lato vi è l'interesse di alcuni creditori a vedere soddisfatti i propri diritti, anche a costo di liquidare l'impresa, dall'altro vi sono gli interessi di quei creditori che, al contrario, anelano al superamento della crisi, perché hanno tutto l'interesse a che l'impresa continui la sua attività: basti pensare ai fornitori, ai lavoratori, e, se vogliamo, anche alle banche.

L'optare per una procedura che tenda alla liquidazione o. al contrario, per quanto possibile, faciliti il risanamento risponde anche a diverse concezione di impresa e di intervento dello Stato.

[19] V. giurisprudenza in tal senso. Ex multiis. "*Non si producono gli effetti estintivi del concordato stragiudiziale se non tutti i creditori aderiscono alla liberazione dei debitori originari*." Trib. Parma, 4 marzo 1981, Dir. Fall. 1982, II, p.741 e ss.; "*Il "pactum de non petendo" è idoneo ad incidere direttamente sugli inadempimenti, finendo teoricamente con l'azzerare lo stato di insolvenza del debitore, solo ove intervenga tra l'imprenditore e tutti i creditori. Diversamente, qualora l'accordo intervenga tra l'imprenditore ed alcuni dei creditori, il patto in questione assume una influenza solo indiretta sulla condizione di insolvenza ed in particolare non vale ad escluderla quando la convenzione viene violata da coloro che vi hanno aderito*.", Tribunale Napoli, 23 aprile 2002, Giur. merito 2003, p. 1952 e ss. con nota di Restaino.

Da un lato vi è l'interesse privatistico dei creditori[20], dall'altro quello pubblicistico dell'economia nazionale e dell'occupazione[21].

A ben guardare la legislazione più recente, l'adozione di soluzioni che possano rispondere a quest'ultima esigenze, risalgono al codice di commercio del 1882 prevedeva il cd. istituto della moratoria, con il quale si poteva dar origine ad un accordo stragiudiziale, addivenendo così alla prevenzione del fallimento, oppure, se posto in essere successivamente alla dichiarazione di fallimento, poteva risolversi in un concordato amichevole.

Nel 1903, la legge del 24 maggio n. 187 ha introdotto la procedura di concordato preventivo che ha abolito la moratoria (anche se questa e' stata ripristinata con i rr. dd. 28 dicembre 1921 n.1861, e 2 febbraio 1922 n.27, e 13 marzo 1922 n.289, per via del dissesto della Banca italiana di sconto. Ulteriori modifiche sono state poi apportate con le leggi 17 aprile 1925 n.473 e 10 luglio 1930 n.995).

[20] *Rectius* di alcuni di essi.

[21] E non si può nemmeno prescindere da uno studio della realtà storica perché l'interesse pubblico alla conservazione di imprese che fanno girare l'economia nazionale e mantengono i livelli occupazionali prevale su quello privato dei creditori quando si è in costanza di crisi economica, come è avvenuto negli anni '70, e come sta accadendo in questo periodo, come si dirà in seguito

1.4. Gli accordi stragiudiziali tra libertà e certezza giuridica: primi tentativi di riforma

Al di là poi del concordato previsto dalla legge, il sempre più largo diffondersi degli accordi stragiudiziali ha comportato l'esigenza di dotarli di una qualche certezza giuridica.

Questa pur sentita esigenza non si è però facilmente concretizzata: ciò nonostante, infatti, in diversi progetti di Riforma del diritto fallimentare (basti pensare al progetto giurisprudenza commerciale o al disegno di legge governativo del 2002) non si è trovato ingresso per gli accordi stragiudiziali, intesi come quegli accordi tra il debitore e i creditori fuori e prima di una procedura giudiziaria, presi al fine di superare la crisi, che evidentemente i primi riformatori hanno inteso lasciare nella piena, totale e libera disponibilità dei privati; diverso è il caso di accordi conclusi dentro una procedura giudiziaria o comunque dopo la sua apertura, che non possono essere considerati stragiudiziali *strictu sensu*.

I primi riferimenti ad una disciplina sugli accordi stragiudiziali si rinvengono sia nel "progetto ABI", che nel "progetto DS".

Per l'ABI la rimozione della crisi ruota principalmente intorno alle soluzioni di carattere stragiudiziale: infatti prevede la cd. Procedura di gestione della difficoltà di impresa. Quanto alle procedure giudiziali, si prevedono solo talune le modifiche per la procedura di amministrazione controllata, che resterebbe la procedura da utilizzarsi in via giudiziaria nel caso di crisi reversibili.

Il progetto dei DS, al contrario, parte dalle soluzioni giudiziali, prevedendo una nuova "procedura di ristrutturazione delle passività" e in subordine concedendo comunque un ruolo, sebbene solo integrativo, agli accordi di composizione negoziale delle crisi.

In entrambi i progetti il presupposto oggettivo è una situazione di crisi, in atto oppure imminente, che non sia una definitiva insolvenza.

L'introduzione accanto alle procedure liquidatorie, di procedure conservative o miste è prevista dallo schema di d.d.l. di riforma delle procedure concorsuali redatto dalla

Commissione istituita con d.m. 27 febbraio 2004 dal Ministro della giustizia di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, presentato agli uffici legislativi dei ministeri deleganti.

In esso vi è un titolo dedicato agli istituti ccdd. di allerta e prevenzione, cioè a quegli istituti diretti a far emergere con tempestività la crisi di impresa in funzione di ricercare le soluzioni più adatte al suo superamento, e un altro titolo dedicato alla procedura di composizione concordata della crisi, che è, invece, diretta a consentire al debitore di superarla o comunque di regolare il suo stato di insolvenza proponendo ai creditori un piano di programmazione predisposto a tal fine.

Nella prima categoria rientrano gli obblighi di comunicazione alla Camera di Commercio, presso la quale è istituto un apposito pubblico registro che funziona, all'uopo, come banca dati degli elenchi dei protesti da parte dei pubblici ufficiali abilitati a levarli e dei crediti iscritti a ruolo con titolo esecutivo da parte delle amministrazioni pubbliche. E inoltre vi sono previsti obblighi da parte degli organi di controllo e degli organi amministrativi delle società di capitale in ordine a tutte le iniziative da intraprendere in presenza di fatti idonei a

pregiudicare la continuità dell'impresa. Viene inoltre prevista la promozione da parte del Ministro delle attività produttive, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e della giustizia, la costituzione di società a partecipazione pubblica maggioritaria, che abbia compiti di analisi delle situazioni delle crisi di impresa e di supporto alla loro soluzione.

La procedura concordata della crisi prevede che l'imprenditore depositi presso il Tribunale una dichiarazione relativa allo stato di crisi, con l'indicazione delle cause; essa deve essere corredata da una serie di documenti, tra cui un piano di composizione della crisi. Il Tribunale, se ritiene esistenti tutti i presupposti, attiva la procedura e omologa il piano, che diventa obbligatorio per tutti i creditori.

Affinchè la composizione negoziale della crisi possa avere successo sono stati poi individuati taluni presupposti[22]: innanzitutto si necessita che anche i creditori dissenzienti siano vincolati dagli accordi, sempre che costituiscano una minoranza, e in presenza di condizioni ben precise, tra cui la loro tutela, che deve essere comunque garantita a tutti, sia

[22] Sono stati evidenziati anche dal progetto ABI, ma per un approfondimento maggiori si legga Bonfatti, " La promozione e la tutela delle procedure di composizione negoziale della crisi di impresa nella riforma della legge fallimentare, in www.iudicium.it, p.2 e p.3

rendendoli immuni da talune responsabilità penali, sia evitando che i loro atti, esecutivi dell'accordo col debitore, siano invalidati e attratti nel patrimonio del debitore in caso di revocatoria fallimentare; inoltre per incentivare alla partecipazione dell'accordo con il debitore, non solo si devono prevedere delle modalità che rendano più agevole la formazione del consenso, come ad esempio la formazione di classi di creditori, ma si è ritenuto dovesse essere garantito un trattamento preferenziale, come ad esempio il pagamento in prededuzione, per i crediti concessi, qualora il debitore fallisca; dal suo canto, al debitore deve essere garantita la produzione immediata di effetti protettivi favorevoli, come ad esempio il divieto posto ai creditori di intraprendere azioni esecutive sul suo patrimonio.

Com'è noto tali progetti non sono poi stati tradotti in legge, seppure hanno costituito utile spunto di riflessione.

1.5. Presupposto oggettivo: i nuovi concetti di crisi e insolvenza

La problematica contro la quale si finisce inevitabilmente con lo scontrarsi quando si affronta il problema delle soluzioni stragiudiziali è il presupposto oggettivo di esse.

Il concetto di crisi resta comunque non meglio specificato: giuridicamente è un concetto piuttosto vago, ma si ritiene che sia giusto mantenerlo in un ambito poco delimitato, proprio al fine di incentivare le migliori soluzioni consensuali tra le parti, lasciando maggiore libertà nelle negoziazioni[23].[24]

Ovviamente se si tiene ben distinto il concetto di crisi (come difficoltà reversibile) da quello di insolvenza, che descrive uno stato oramai irreversibile, il problema non si pone. Ma anche alla luce dell'ultima riforma ciò diventa più difficile[25]: far rientrare il concetto di insolvenza nel generale

[23] "*In questa prospettiva, la delimitazione dell'ambito di applicazione delle disposizioni in discussione ad alcune soltanto delle possibili situazioni di difficoltà dell'impresa – delimitazione che inevitabilmente deriverebbe dall'adozione di presupposti oggettivi più precisi da un punto di vista tecnico-giuridico – non sarebbe giustificata*" come si legge in Bonfatti, gli accordi stragiudiziali per la composizione delle crisi d'impresa nei progetti di riforma della legge fallimentare. Profili civilistici., in le procedure concorsuali tra "nuove frontiere" e prospettive di riforma, quaderni di giurisprudenza commerciale n.240, p.123.

[24] Il delineare il concetto di crisi, soprattutto rispetto a quello di insolvenza, può rilevare solo qualora gli eventuali tentativi di risoluzione stragiudiziale della crisi di impresa non vadano a buon fine, costringendo i creditori, o lo stesso imprenditore, all'inevitabile apertura di una procedura concorsuale giudiziale.

[25] Cfr. art. 162 l.f. u.c.

concetto di crisi, anche da un punto di vista giuridico, rende il confine ancora più labile.

Come si è detto, da un'analisi storica dell'evoluzione del ruolo dell'economia a livello nazionale, e dell'influenza della vita di un'impresa in essa, si evince che vi è stato un cambio di fuoco.

In un primo tempo, le procedure erano volte alla liquidazione dell'impresa, e tenevano conto della ruolo del debitore, del suo comportamento, più o meno meritevole.

Successivamente, insieme con l'esigenza di salvare il salvabile del complesso produttivo e dei livelli occupazionali dell'impresa, evitando la pura e semplice liquidazione, pure in virtù delle conseguenza che questa avrebbe comportato sull'economia nazionale, vi è stata una sorta di spersonalizzazione delle procedure concorsuali, che ha portato a concentrare l'attenzione sull'impresa in sé, come bene economico, più che sui risvolti personali e morali del debitore.

Ciò ha comportato una evoluzione del concetto di crisi e di insolvenza, nonché di "temporanea difficoltà ad adempiere"[26].

Comprendere cosa il legislatore intenda per crisi e cosa per insolvenza o insolvibilità è preliminare a comprendere innanzitutto come egli ha immaginato l'applicazione delle diverse procedure concorsuali, giudiziali, stragiudiziali o amministrative che siano, e il comportamento del debitore che si trova a dover fronteggiare un momento di difficoltà della sua impresa.

In passato la dottrina si divideva tra la teoria patrimonialistica e teoria personalistica.

Secondo la prima per insolvenza si deve intendersi la incapacità patrimoniale ad adempiere, che non è semplice inadempimento, ma piuttosto caratterizza uno stato del patrimonio del debitore, nel quale l'attivo non risulta sufficiente a coprire il passivo; l'insolvenza viene considerata

[26] Presupposto oggettivo, precedentemente utilizzato per l'accesso all'amministrazione controllata, che oggi è stata eliminata dal sistema delle procedure concorsuali.

dunque come una impossibilità oggettiva dell'imprenditore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni[27].

Le teorie personalistiche tendono invece a valorizzare la condotta del debitore[28].

[27] Bonelli, Del Fallimento, in commentario al codice di commercio, milano, 1923, p.4 , secondo il quale l'insolvenza è un modo di essere del patrimonio del debitore, non rispetto ad un singolo creditore "*ma in rapporto ai creditori tutti, alla collettività dei creditori, mentre l'inadempienza è un modo di comportarsi di fronte ad un dato creditore*". Inoltre: Ferri, Manuale di diritto commerciale, torino, 1988, p.564, per il quale l'insolvenza è "*l'impotenza del debitore a far fronte con regolarità, ossia nei modi normali e con i mezzi ordinari, alle proprie obbligazioni*"; specifica Ferrara, Il Fallimento, milano, 1995, p.142, che "*non può parlarsi di insolvenza quando il complesso dei beni di cui dispone l'imprenditore consente il pagamento dei debiti, cioè in caso di supero dell'attivo. […] L'attivo va valutato in base ai valori che possono ottenersi da un immediato realizzo e quindi tenendo conto delle condizioni di mercato del momento, non già in base a quelli attribuiti dall'imprenditore stesso e neppure in base a quelli che potrebbero presumibilmente attendersi da una vendita effettuata con calma senza rispettare i termini di scadenza*". Accolgono la stessa teoria anche Satta, Diritto fallimentare, Padova, 1996; Vassalli, Diritto Fallimentare, Torino, 1994, per il quale se da un lato "*la locuzione stato di insolvenza esprime una condizione stabile e connaturata del soggetto imprenditore tale da cioè caratterizzarne in maniera univoca e definitiva l'inattitudine ad onorare le proprie obbligazioni*" consistendo in una situazione economica patrimoniale della impresa e non già in meri fatti, eventi, comportamenti, dall'altro il giudizio sull'insolvenza non può avere una natura meramente quantitativa "*esso è anche un giudizio qualitativo che implica necessariamente valutazioni che ineriscono all'efficienza ed alle capacità produttive e reddituali dell'impresa*"; Tedeschi, Manuale di Diritto fallimentare, Padova, 2001; Bonsignori, Diritto fallimentare, Torino, 1992; Bonsignori, Inzitari, Amministrazione controllata, in commentario della legge fall., Scialoja-Branca, diretto da F.Bricola e F.Galgano, Bologna-Roma, 1992; Pellegrino, Lo stato di insolvenza, Padova, 1980; E.F. Ricci, Lezioni sul fallimento, I, Milano, 1997.

[28] Provinciali, Trattato di diritto fallimentare, I, Milano, 1974, p.244, per il quale l'insolvibilità è l'incapacità patrimoniale ad adempiere, mentre l'insolvenza, che è alla base delle procedure concorsuali, consisterebbe nel non adempiere; Azzolina, Il fallimento e le altre procedure concorsuali, Torino, I, 1961, p.273, per il quale "*lo stato di insolvenza indica […] la situazione in cui viene a trovarsi chi, dovendo pagare, non paga malgrado la consapevolezza di questo suo dovere. Essa non designa quindi uno stato patrimoniale, ma un modo di comportarsi del debitore*"; Rossi, Equivoci sul concetto di insolvenza, in Dir. Fall., 1954, I, p.175 ss; Ragusa Maggiore, Istituzioni di diritto fallimentare, Padova, 1994. Ovviamente non può comunque prescindersi anche in queste teorie dalle condizioni economiche in cui versa l'impresa. Per

Non sono mancati anche i tentativi di riconduzione ad unità delle suddette dottrine, puntando sugli aspetti comuni, e sul continuo intersecarsi, nella valutazione della situazione economica di difficoltà più o meno reversibile di un'impresa, di dati strettamente patrimoniali e dati derivanti dal comportamento del debitore[29].

L'insolvenza, cioè, non sarebbe un mero fatto quantitativo o uno stato patrimoniale, ma piuttosto una condizione di inidoneità del debitore ad avere una condotta determinata per un prolungato periodo di tempo, che consiste nel soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

La giurisprudenza, dal suo canto, ha descritto la nozione di insolvenza, alla luce dell'art. 5 l.f. come quella condizione

---

accertare il dissesto si deve quindi compiere un giudizio prognostico su quei fattori di crisi che non dipendono direttamente dalla situazione economica dell'impresa, ma che la influenzano, come la condotta del debitore che può pure sempre incidere sulla regolarità degli adempimenti. Terranova, Lo stato di insolvenza, in Le procedure concorsuali, il fallimento, Trattato diretto da Ragusa Maggiore e Costa, Torino, p. 251-252, che sintetizza questa dottrina con un sillogismo "*se l'insolvenza consiste in una generalizzata e prolungata impossibilità di adempiere, e se l'adempimento si sostanzia in uno specifico contegno del debitore, se ne deve dedurre che, per accertare il dissesto, occorre formulare un giudizio prognostico sull'attività del debitore*".

[29] Terranova, op. cit., p.251, fa notare come sebbene le teorie patrimonialistiche prendano le mosse dal pensiero di Bonelli, è proprio questi a sottolineare l'influenza delle valutazioni da compiersi sul contegno del debitore: egli infatti sosteneva che uno dei fattori scatenanti dell'insolvenza è il discredito commerciale, derivante, appunto, dalla condotta del debitore

di "*squilibrio finanziario non superabile con mezzi ordinari nei termini ragguagliati all'ordinaria scadenza dei debiti*"[30].

La difficoltà fondamentale che sorge quando si cerca di dare un contenuto alla categoria dell'insolvenza sta nella distinzione che si deve (o forse no) compiere tra insolvenza in senso giuridico e insolvenza in senso economico[31].

Spesso si è sottolineata la differente accezione, fondata su un diverso approccio metodologico della dottrina giuridica, rispetto a quella economico-aziendale: quest'ultima tesa all'osservazione della realtà, la prima tesa a studiare come la realtà possa essere tradotta in una norma giuridica o come questa possa essere adattata alla realtà. Il giurista non può prescindere nello studio della realtà dalla mediazione della norma.

Però è anche vero che quando si discute della insolvenza, dando ad essa un'accezione prettamente giuridica,

[30] Cass. 26 febbraio 1990, n.1439, in Foro it. 1990, I, p.1174

[31] "*Ci si rende perfettamente conto della difficoltà di compiere distinzioni dal punto di vista definitorio tra un'insolvenza più o meno grave e la temporanea difficoltà, in quanto si tende ad affermare che il concetto di insolvenza, che si desume dall'art.5 legge fall., è un concetto meramente giuridico e, quindi, necessariamente diverso dal concetto di insolvenza, a cui fanno riferimento economisti e aziendalisti. Tuttavia, non si può non osservare che l'insolvenza è pur sempre contraddistinta da fenomeni di natura economica, ai quali l'interprete non può essere insensibile*", in Frascaroli Santi, Crisi dell'impresa op.cit, p.102.

non può prescindersi del tutto dal concetto economico-aziendale che ne è all'origine: la differenza fondamentale sta nel fatto che la insolvenza, intesa dall'operatore del diritto come l'incapacità di far fronte alle proprie obbligazioni, per l'aziendalista è la manifestazione ultima della crisi finanziaria, è l'effetto dell'eventuale dissesto, non la causa.

Con lo studio dell'andamento delle imprese a livello mondiale si è potuto constatare, già a partire dagli anni '70, che le crisi di impresa non sono più dei fenomeni episodici, ma piuttosto delle componenti permanenti del sistema industriale moderno[32], che non dipendono, cioè, più soltanto dall'incapacità degli imprenditori, o, peggio, dai loro comportamenti criminosi e dai loro intenti fraudolenti.

Ciò che può interessare è individuare i vari stadi delle crisi aziendali: in questo modo, si può ricercare la soluzione più adatta, che sia essa il risanamento o la liquidazione.

[32] Le crisi aziendali sono viste sempre più come una componente strutturale dell'economia moderna, non solo perchè correlate a cicli economici sfavorevoli: basti pensare infatti all'accentuarsi della competizione tra Paesi ricchi e Paesi poveri, nei quali spesso la mancanza di regole accentua l'abbattimento dei costi, falsando la concorrenza, oppure all'ingresso di nuovi produttori in quei settori in cui vi è una rapida evoluzione tecnologica. Per maggiori approfondimenti, Riolo, Le banche e le soluzioni stragiudiziali della crisi di impresa. Fattori di successo e rischi d'insuccesso. Verso forme di autoregolamentazione, in Crisi d'impresa e risanamento. Ruolo delle banche e prospettive di riforma, a cura di Masciandaro e Riolo, Milano, 1997, p.210.

Prodromico ad un vero e proprio stato di crisi è un semplice stato di declino, nel quale ancora non si subiscono perdite, ma si inizia a delineare una incapacità a realizzare flussi di reddito attesi, si aggrava il livello di rischio delle strategia aziendali. E se, come si è detto, si è cominciato a vivere la crisi dell'impresa come una fase insita nell'attività di impresa stessa, non si è mai dubitato che il semplice declino è un passaggio normale della vita dell'impresa. E' proprio dal susseguirsi di momenti di declino e fasi di ristrutturazione interna che si valuta la capacità dell'imprenditore di mantenere le redini dell'impresa rendendola sempre più competitiva.

Il declino si separa in maniera piuttosto sottile da quella che si inquadra come crisi vera e propria, perché non è facile distinguere tra segni di manifestazioni fisiologiche e segni di manifestazioni patologiche, prescindendo dall'analisi della cause[33].

In linea di massima può comunque dirsi che dall'insuccesso delle strategie del management in una fase di declino, possono derivare quei fenomeni di squilibrio e di inefficienza, che costituiscono il secondo stadio della parabola

[33] Sull'incidenza delle cause si dirà dippoi.

discendente di un'impresa. In questa fase la difficoltà sta nel riconoscere i sintomi, anche attraverso le cause, se esse siano, cioè, interne o esterne.

Il protrarsi di questo stadio, ancora facilmente rimediabile, comporta il subentrare, nella fase successiva, di perdite di varia gravità: in questo momento della crisi accade che le risorse aziendali vengano gradualmente erose con varia velocità; questa fase è caratterizzata da un processo di depauperamento, in cui si assiste all'incremento dei debiti, alla impossibilità di distribuire i dividendi, alla riduzione di risorse destinate a funzioni essenziali, all'erosione della liquidità. Questa fase da un punto di vista formale si traduce nell'assorbimento delle riserve di bilancio e delle quote di capitale. Gli interventi in questa fase sono ovviamente più difficili, ma la crisi è comunque arrestabile.

Il quarto stadio corrisponde all'esplodere dell'insolvenza, che è la manifestazione più evidente della crisi: essa nasce dal ripetersi e dal crescere di intensità delle perdite. In questa fase vi è la chiara incapacità di far fronte alle proprie obbligazioni. La caratteristica più evidente di questa fase è che lo stato patologico dell'impresa di manifesta anche

all'esterno. Dall'incapacità ad adempiere le proprie prestazioni, si giunge alla perdita di fiducia del mercato e quindi anche di credito. Va da sé che le probabilità di successo di una qualsiasi procedura di risoluzione della crisi sono assai ridotte, e difficilmente potranno portare al salvataggio senza intervenire profondamente, fino alla struttura stessa del capitale e del management.

Lo stadio finale e definitivo è quello del dissesto[34], quando, cioè, vi è una permanente incapacità dell'attivo a far fronte al passivo. Qui il salvataggio non può avvenire senza l'accordo dei creditori, che, pur all'interno di procedure concorsuali, debbano essere disposti a rinunciare ad una parte dei loro crediti.

Si distingue inoltre tra dissesto patrimoniale e dissesto finanziario.

Il primo si ha quando risulta, dalla situazione patrimoniale, un passivo che sia superiore all'attivo: in questo caso, cioè, vi sono state delle gravi alterazioni nell'equazione reddituale che hanno condotto a perdite ripetute, con il

[34] Il Riparbelli considera l'insolvenza come un modo di manifestazione del dissesto. Riparbelli, Il contributo della Ragioneria nell'analisi dei dissesti aziendali, Firenze, 1950.

conseguente depauperamente del capitale dell'azienda. Le perdite continue, ovviamente, paralizzano l'attività dell'impresa, per cui se non si provvede alla eliminazione delle loro cause e al reintegro del capitale, consegue non solo l'incapacità di far fronte alle esigenze della vita futura dell'impresa, ma anche l'impossibilità a far fronte ai debiti contratti in passato[35].

Poiché l'accertamento dello stato di dissesto patrimoniale non ha valenza oggettiva, ma è sottoposto a valutazioni, potrebbe comportare dubbi e controversie, dunque non è corretto adoperarlo come presupposto per la dichiarazione di fallimento[36]; una cosa, infatti, è una valutazione fondata su ottimistici criteri da cui deriva un quadro positivo della situazione patrimoniale dell'impresa, altra cosa è la reale capacità di reddito dell'impresa[37].

[35] Riparbelli, Il contributo della Ragioneria nell'analisi dei dissesti aziendali, op. cit. p.89, "*vi sono alcune aziende che, a sollievo delle difficoltà da esse incontrate nel loro funzionamento, chiedono di essere dichiarate fallite prima di perdere completamente il proprio capitale, mentre altre preferiscono contrarre prestiti onerosi e vendere sotto costo pur di prolungare la loro grama ed anemica esistenza prima di fallire*".

[36] Riparbelli, op. Cit.

[37] Un esempio di dissesto patrimoniale, non accompagnato dal dissesto finanziario, si è avuto con la crisi delle banche dell'inizio dello scorso secolo, derivante da perdite che oltre ad aver assorbito il capitale delle stesse imprese bancarie, hanno coinvolto anche una parte rilevante dell'avere dei terzi, senza che questa condizione sia stata accompagnata da una crisi di liquidità.

La legge fallimentare fa riferimento, infatti, al dissesto finanziario, in cui l'impresa, pur potendo contare su un ammontare di attività superiore alle passività, non ha liquidità sufficienti per essere "in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni". (art.5 l.f.)[38].

Ci può, in teoria, anche essere un'impresa che si trovi in uno stato di dissesto finanziario, pur avendo una buona condizione patrimoniale, poiché si trova in uno stato di squilibrio tra liquidità e passività scadute, superato il quale l'impresa potrebbe funzionare comunque regolarmente. E' giusto in questo caso parlare di una disfunzione temporale tra flussi finanziari, non tanto quantitativa, quanto piuttosto qualitativa, in cui cioè vi sono delle attività magari anche superiori alle passività, ma a fronte di queste ultime, ormai venute a scadenza, le prime non risultano liquide, né realizzabili nel breve periodo[39].

Sono stati identificati in passato quattro quadri clinici di dissesto finanziario.

[38] Anche il Provinciali sostiene che la mancanza di liquidità può comportare la dichiarazione di fallimento anche se l'attivo patrimoniale supera il passivo, Provinciali, op. cit., p.10.

[39] "*Va perciò sfatata, perché inconsistente, la leggenda che identifica sempre negli squilibri finanziari la ragione delle crisi aziendali*" in Santini, Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi di impresa, in Giur. Comm., 1998, p.621

Si avrebbe innanzitutto una fase definita di semplice "imbarazzo finanziario", in cui l'impresa attraversa un momenti difficile, ma temporaneo e quindi superabile; vi può essere il dissesto finanziario tout court, in cui l'impresa non riesce a far fronte ai propri impegni; il dissesto finanziario può essere totale, quando ad esso si accompagna anche un dissesto patrimoniale, e quindi alla mancanza di liquidità si accompagna un passivo superiore all'attivo; infine vi è il dissesto dichiarato, quando oramai l'impresa è stata dichiarata fallita[40].

Se un'impresa versa in uno stato di deficit finanziario e riesce a far fronte, anche mediante nuovi finanziamenti, all'esigenza di liquidità, vi sono ottime probabilità di ripresa; diverso è il caso in cui il deficit finanziario è accompagnato a quello patrimoniale. In quest'ultimo caso è più probabile che qualsiasi azione, diversa dalla procedura di liquidazione, serva solo a procrastinare il momento della dichiarazione di fallimento, visto che accanto alla mancanza di liquidità, si

[40] V. Gerstenberg, Financial organization and management of business, Prentice-Hall, 1915 p. 621; Id. Principles of business, Prentice-Hall, 1918, p.103.

dovrebbe far fronte ad una situazione in cui l'attivo non è in grado di coprire tutto il passivo.

Da un punto di vista aziendalistico sono molteplici i sintomi, le cause e gli indici rivelatori della crisi, tanto che si distingue tra crisi da inefficienza, crisi da sovracapacità/rigidità, crisi da decadimento dei prodotti, crisi da carenza di programmazione/innovazione, crisi da squilibrio finanziario[41].

A questo elenco vanno aggiunti, qui, casi in cui la crisi deriva da fenomeni straordinari che ne fanno presupporre un'origine congiunturale, come è successo nell'autunno del 1992 quando la lira è uscita dalla SME, o quando vi è stata la crisi di taluni enti pubblici o similari, come l'Efim e la Federconsorzi, o più di recente, come la crisi globale che ha investito tutti i mercati mondiali.

La distinzione tra le cause della crisi è necessaria ai fini dell'individuazione delle varie azioni da intraprendere: una cosa è infatti l'esigenza di riequilibrare il conto economico, da cui deriva il dovere di agire sul fronte dei ricavi e dei costi

[41] Non è questa la sede di ulteriori approfondimenti, per i quali si rimanda a Guatri, Crisi e risanamento delle imprese, Milano, 1986.

(attraverso innovazione del prodotto, operazioni di marketing, nuova struttura distributiva, un nuovo piano territoriale delle vendite, eventuale tagli di personale, risparmi dei costi operativi, l'affidamento esterno di taluni servizi, etc.), altra cosa è il riequilibro finanziario, cioè il far fronte all'esigenza di liquidità, con, ad esempio, una serie di operazioni che tendono a dismettere immobilizzazioni materiali o finanziarie, o con il richiedere nuova finanza a banche o soci, o con operazioni di rimodulazione, ove possibile, della tempistica tra entrate ed uscite).

Sotto l'aspetto giuridico invece si parla di insolvenza, o temporanea difficoltà ad adempiere, o crisi, con riferimento per lo più ad indici esteriori, e non tecnici, riconducendo tutti, seppur con locuzioni diverse, ad una disfunzionalità dell'imprenditore, che si sostanzia nella sua incapacità di adempiere con regolarità alle proprie obbligazioni per mancanza di liquidità.

In questo modo si bada, cioè, ad uno degli aspetti esteriori, trascurando l'analisi da un diverso punto di vista che, attraverso lo studio delle cause e dei sintomi dell'alterazione

della funzionalità dell'impresa e con essa del suo capitale, renderebbe più completa diagnosi e cura.

Infatti più che parlare "della" crisi, sarebbe forse più corretto parlare "delle" crisi, essendo esse di natura e intensità diverse a seconda se comportino una incapacità ad onorare le proprie obbligazioni più o meno rimediabile[42].

Nel nostro ordinamento si è rilevato un uso indiscriminato di concetti affini, adiacenti, ma che serbano delle differenze: si tratta dei concetti di crisi, temporanea difficoltà, insolvenza, squilibrio economico, finanziario o patrimoniale[43].

C'e' chi ritiene[44] che quando l'imprenditore commerciale versi in uno stato di crisi, egli si trova in una situazione che non lede i creditori: quando si parla di crisi dovrebbe farsi riferimento a quel momento dell'impresa che

[42] Brunetti, Diritto concorsuale, Padova, 1944, p. 4 e ss. suddivide in tre diversi gradi la crisi di impresa: una prima crisi che è quella evitabile, per la quale si ricorre all'istituto del concordato preventivo, una crisi superabile e passeggera, per cui l'impresa è sottoponibile ad amministrazione controllata, e una crisi insuperabile e non rimediabile, per cui l'impresa si sottopone alla procedura di fallimento

[43] Lo Cascio, Il concordato preventivo, Milano, 2007, p.112; Id., Le attuali regole della crisi delle imprese, in Fall., 2004, p.226 e ss; Id., La procedura di composizione concordata della crisi, in Fall., 2004, p.942 e ss.; Panzani, La riforma della legge fallimentare, in Fall., 2004, p. 604 e ss; Jorio, Le soluzioni concordate della crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria, in Fall., 2005, p.1453.

[44] Lo Cascio, Il concordato op. cit., p. 120.

nulla ha a che fare con l'incapienza del debitore e con la sua incapacità ad estinguere i propri crediti.

Si tratta, invece, di una fase in cui, per fattori anomali, si ritiene necessario approntare mezzi e rimedi che rientrano nella normale gestione dell'imprenditore e nulla hanno a che vedere con la eventuale lesione e dunque tutela dei diritti dei creditori.

La confusione ingenerata tra i concetti richiamati ha portato al *fallimento* dell'amministrazione controllata che doveva essere adottata in caso di "temporanea difficoltà", e che, però, spesso è stata utilizzata come sinonimo di insolvenza: il risultato è stato trasformare un istituto anticipatorio, in un istituto meramente dilatorio della soddisfazione dei creditori.

Molto probabilmente la ragione che ha portato spesso a confondere concetti pur limitrofi[45] nasce dall'aver ricondotto

[45] Basti pensare all'evoluzione che ha avuto lo stesso concetto di insolvenza, da situazione irreversibile presupposto oggettivo del fallimento, a presupposto per l'applicazione della procedura di amministrazione straordinaria, qualora accompagnato da "concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali". Rossi, Insolvenza, crisi di impresa e risanamento. Caratteri sistematici e funzionali del presupposto oggettivo dell'amministrazione straordinaria, Milano, 2003; Nigro, L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza: cenni introduttivi, in Le nuove leggi commentate, 2000; Galioto, L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, Milano 2003.

talune fasi esteriori della vita di un'impresa in schemi rigidi, analisi che non può essere sempre applicata, soprattutto se si tralasciano le cause[46].

Oggi, forse, la distinzione tra insolvenza, insolvibilità, crisi e temporanea difficoltà[47] assume solo il senso di graduare l'applicazione dei procedimenti concorsuali o di evitarne eventualmente la stessa applicazione per adottare soluzioni stragiudiziali per la composizione della crisi di impresa[48].

Ma anche in quest'ottica e alla luce dell'esperienza italiana anche questa operazione diviene difficile.

Si è detto che ancorare a rigidi schemi la vita dell'impresa soprattutto è scorretto, poiché essa è strettamente correlata al dinamismo dei mercati e della gestione in sè[49]; ma

[46] "*Le manifestazioni dell'insolvenza non sono, quindi, come si è già osservato, inquadrabili schematicamente secono critieri rigidamente preordinati, ma la tipologia della crisi è diversa secondo che le cause della stessa si rinvengano nella sfera operativa della gestione, oppure, siano di tipo finanziario*" così Frascaroli Santi, Op cit., p.111.

[47] Definizione, quest'ultima, che, giova rammentare, non viene più accolta nella legge fallimentare, dopo l'abrogazione dell'amministrazione controllata.

[48] Cosi' Frascaroli Santi, Crisi dell'impresa op.cit., p.105

[49] *"...può osservarsi che l'espressione stato di crisi è un ossimoro: la crisi non è uno stato, ma una fase dinamica di cui è ancora ingota l'evoluzione finale. Esagerando un po', può anche dirsi che per definizione l'impresa, proprio in quanto attività dinamica, (non solo è istituzionalmente a rischio di insolvenza, ma) è sempre in crisi: solo ciò che è statico non è in crisi, ma ciò che è statico*

pure lasciare alla deriva la scelta dell'applicabilità di una procedura piuttosto che di un'altra non appare di certo la soluzione ideale.

Distinguere nettamente tra crisi e insolvenza[50], come spesso è avvenuto è da qualche anno divenuto anacronistico, per volontà implicita dello stesso legislatore.

Nel momento in cui il concetto di insolvenza giuridicamente è stato liberato dal suo classico attributo di irreversibilità, ad opera della legislazione sull'amministrazione straordinaria, e più di recente è stato ricompreso in un più generico concetto di crisi, sono venuti meno i parametri da applicarsi per la scelta tra una procedura di liquidazione ed una di salvataggio.

Il legislatore della riforma, *rectius* del suo correttivo, infatti, ha stabilito che presupposto per la presentazione della domanda di concordato sia lo stato di crisi (art.160 l.f.). All'ultimo comma però ha, in un secondo momento,

---

non è impresa", come osserva Presti, "Rigore è quando arbitro fischia?, in Fall., 2009, p.27.

[50] *"...da un lato lo stato di insolvenza e cioè la situazione in cui l'imprenditore non è più in grado di soddisfare le proprie ragioni, dall'altro lo stato di crisi, inteso come la situazione patrimoniale economica e finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza*", in Giannelli, Concordato preventivo, accordi di ristruttuazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni., in Dir. Fall. 2005, p.1156.

specificato che "*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*".

Diversamente per gli accordi di ristrutturazione è previsto il presupposto dello stato di crisi, senza alcun riferimento all'insolvenza.

E ancora, nel caso del piano di risanamento ex art.67 co.3 lett. d), non vi è alcun riferimento, tra l'altro, a nessun presupposto necessario ai fini della sua realizzazione.

Dal quadro così delineato appare evidente la difficoltà che si incontra nel voler, dall'esterno, valutare *ex ante* quale strumento sia più adatto per risolvere l'impasse di un'impresa, non essendo più valide come un tempo le equazioni temporanea difficoltà/amministrazione controllata, stato di crisi/concordato, insolvenza/fallimento[51].

E' auspicabile dunque che al di là di schematici formalismi e rigide definizioni, se l'intento ultimo deve tendere al salvataggio di un'impresa, l'imprenditore in crisi, e,

[51] A questo proposito v. Roppo, Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti di impresa), in Dir. Fall., 2008, p.572, dove si legge che "*è caduto il dogma dell'indisponibilità (della gestione) dell'insolvenza. Ma che questo dogma cadesse era in qualche modo inevitabile, esposto com'era – da tempo – alla pressione della realtà economica. [...] un elemento può essere sottratto alla disponibilità privata quando (fra gli altri requisiti) è ragionevolmente certo, definibile e identificabile in termini oggettivi*".

con lui, il giudice, ove coinvolto nelle fasi di omologazione degli accordi stragiudiziali, nonchè l'esperto chiamato a coadiuvare l'imprenditore stesso, nell'attestazione dei piani di risanamento, ristrutturazione, o più in generale programmazione economica, pongano l'attenzione sui tipi di crisi da dover affrontare, e soprattutto sulle sue cause[52]: solo in questo modo è davvero possibile individuare lo strumento maggiormente idoneo a mantenere l'impresa in vita, piuttosto che a prolungare disastrosamente una inevitabile liquidazione.

La difficoltà di realizzare ciò risiede, in massima parte, nella discrezionalità dell'imprenditore[53] che, almeno in teoria, è l'unico a conoscere in tempo reale dello stato della sua impresa, ed è perciò l'unico che può valutare quale sia lo strumento più opportuno da adottare, barcamendosi tra l'intento di salvaguardare il proprio bene produttivo, l'esigenza di proteggersi dalle azioni individuali dei creditori, e la necessità che la notizia di uno stato di crisi non ancora

[52] "*Felix qui potuit rerum cognoscere causas*", Virgilio, Georgiche, II-490.

[53] Merita una citazione quanto riporta Presti, Rigore è quando arbitra fischia?, op.cit., quando parafrasando un saggio che si aggirava per l'Europa verso la fine del XX secolo seminando aforismi di sinteticità pari all'efficacia, come egli stesso definisce il famoso allenatore di calcio yugoslavo, afferma che "*come <<rigore è quando arbitro fischia>>, allo stesso modo, lo stato di crisi si ha quando l'imprenditore lo dichiara*", p.28.

conclamato possa recare danni ben più gravi, ad esempio, in termini di perdita di fiducia nel mercato.

In definitiva, l'ambito di operatività degli strumenti predisposti dal legislatore per la risoluzione deve essere da un lato ampliato, per favorirne il ricorso, secondo le sentite esigenze di prevenzione[54], ma, allo stesso tempo, dall'altro delimitato proprio per evitare gli abusi che ne possano derivare, proprio per via della discrezionalità che la legge sembra lasciare all'imprenditore, che potrebbe essere tutta a discapito della tutela dei creditori che pure deve essere garantita.

Il legislatore, si può dire, ha fatto maldestramente il passo più lungo della gamba: con l'intento di rendere le procedure stragiudiziali maggiormente elastiche, ha reso i confini, costituiti dai presupposti oggettivi, troppo rarefatti. Perciò sarebbe opportuno ora trovare dei punti fermi, che servano, quanto meno, da bussola per aiutare l'imprenditore in primis, e l'interprete e gli operatori del diritto più in generale,

[54] Che insieme a privatizzazione e velocizzazione, è una delle direttrice fondamentali obiettivo di riforma, lo si legge anche in Rocco di Torrepadula, La crisi dell'imprenditore, in Giur. Comm. 2009, p.216 e ss.

ad orientarsi nella scelta dello strumento più adatto ad affrontare la crisi di impresa.

Fermo restando che, *rebus sic stantibus*, ci si chiede se davvero l'imprenditore sia arbitro di se stesso, se, cioè, sia il vero artefice delle scelte da operare per il superamento della crisi, o se questi non sia in realtà in balìa dei creditori più forti, appartenenti al ceto finanziario, che sono forse allo stato attuale, in sostanza, i veri protagonisti, in particolare, delle soluzioni stragiudiziali.

CAPITOLO 2

"Lo sguardo straniero sulla crisi di impresa"

2.1.1 La *reorganization* secondo il modello statunitense

Il diritto fallimentare statunitense, che pure ha costituito un forte modello per tutta la legislazione europea riformata in materia, non ultima per lo stesso legislatore italiano, affonda le sue radici nel diritto inglese.

In maniera certamente sintetica e riduttiva, si può dire che ai tempi delle colonie pre-unitarie la incapacità del debitore di far fronte alle proprie obbligazioni comportava, in linea di massima, lo spossessamento dei suoi beni, che poi venivano trasferiti ai creditori, e sovente il debitore veniva imprigionato, secondo schemi, in parte rivisti e corretti, tipici del diritto anglosassone. Nessuna altra garanzia era prevista però per i creditori, proprio perché il principio su cui da sempre fondano i sistemi anglosassoni è che al mercato non si va impreparati.

In un tempo successivo, in particolare dopo la Dichiarazione di Indipendenza, non è difficile immaginare, però, i non pochi problemi derivanti la disomogeneità della disciplina che pur avendo origine comune, si era ovviamente evoluta diversamente in ogni singolo Stato (prima ex colonia)[55], tenuto conto delle peculiarità dell'economia di ognuno di essi.

[55] Non è questa la sede per approfondire la storia della nascita degli Stati Uniti d'America, con i connessi problemi legati alle diverse realtà socio-economiche tra le colonie del sud e quelle del nord, e soprattutto con l'esigenza opposta di mantenere da un lato autonomia e indipendenza ciascuno nel proprio stato, e dall'altro cedere potere allo Stato Federale. "*The result was a classic compromise, giving something to each of the several sides and leaving none fully satisfied*", in AA.VV., Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali, Atti del Convegno di Courmayeur 23-24 settembre 2005, Milano,

Per far fronte alle differenze, e cercare di rendere la disciplina maggiormente omogenea, allo Stato federale fu subito affidato il potere di legiferare sulle questioni che riguardano "il commercio tra Stati"[56]; inoltre la Costituzione conferì espressamente al Congresso il potere di legiferare uniformemente in materia fallimentare[57], e cioè di legiferare, in particolare, sul trattamento dei debiti per le imprese (in senso lato) insolventi, su base nazionale, e non su base statale.

Tenuto conto della scontata e normale riluttanza dei singoli Stati a delegare poteri allo Stato Federale, non è certo da sottovalutare una siffatta previsione, per molti versi rivoluzionaria, essendo la legislazione sul fallimento

---

2006. Al Congresso viene lasciato il potere di regolamentare su quelle specifiche materie stabilite dalla Costituzione, e tutte le altre questioni sono lasciate ai singoli stati. Allo Stato federale sono affidati poteri come quello di dichiarare la guerra, sottoscrivere trattati internazionali, naturalizzare cittadini, mentre materie come il diritto di proprieta', il diritto contrattuale, il diritto di famiglia, il diritto penale sono rimaste in capo ai singoli stati.

[56] Sebbene l'interpretazione di "*interstate commerce*" non è mai stata chiara, tanto da tenere impegnata la Suprema Corte degli Stati Uniti per almeno un paio di secoli.

[57] Const. Art.1, 8, cl.4 "*The Congress shall have power to to estabilish uniform Laws on the subject of Bankruptcy throughout the United States*". Sebbene poi a lungo il termine "bankruptcy" venne interpretato in maniera restrittiva, essendo il concetto di"fallimento" ancora estraneo al diritto statunitense.

intimamente connessa alla regolazione del commercio e dunque dell'economia[58].

Ciò nonostante il Congresso non esercitò da subito tale potere concessogli dalla Costituzione, ma anzi assai lentamente, tanto che per avere una legge generale in materia bisognerà aspettare il 1898.

Per lungo tempo, vi fu solo un proliferare di leggi approvate e successivamente revocate, senza che però si riuscisse a formare uno schema unitario.

Per circa un secolo, quindi, il diritto americano non è riuscito a svincolarsi dal diritto anglosassone, che da àncora di salvezza, in un sistema economico privo di garanzie per i creditori, si è trasformato in una vera e propria zavorra, viste anche le differenze che vertevano tra il commercio e l'economia statunitense e quello anglosassone.

Quella statunitense era una realtà in grande espansione, a cui, nonostante i periodi di crisi, mal si attagliava il semplice concetto di fallimento, come conosciuto in Inghilterra.

[58] V. Madison J, Federalist Paper no.42, 1788, che afferma "*the power of estabilishing uniform laws of bankruptcy is so intimately connected with the regulation of commerce, and will prevent so many frauds where parties or their property may lie or removed into different states, the expediency of it seems not likely to be drawn in question*".

Anche se i legislatori americani non riuscivano a concepire ancora concetti come la riorganizzazione o riabilitazione.

Un impulso allo sviluppo autonomo del diritto fallimentare americano derivò contemporaneamente alla nascita del concetto del cd. "*going concern*"[59].

Come ricostruisce Charles G.Case II, un giudice fallimentare americano, l'espansione economica e commerciale della seconda metà dell'Ottocento, comportò l'esigenza dello sviluppo di nuovi mezzi di trasporto, e in particolare ne derivarono le costruzioni di nuove ferrovie.

Le imprese di costruzione, in ricerca di nuova finanza, si rivolgevano ai creditori ponendo a garanzia di quanto ricevuto dei tratti di ferrovia, ma ciò ovviamente non bastò; nel momento in cui le imprese, nonostante i prestiti, incontrarono difficoltà, dovettero interrompere la costruzione delle ferrovie. A questo punto i creditori si ritrovarono in mano un pugno di

[59] Sulle influenze che anche nel nostro ordinamento ha avuto l'accoglimento e lo sviluppo del concetto di *going concern*, Franzi, L'azione revocatoria nella nuova legge fallimentare, Riv. Dott. Comm., 2008, p.1238, dove si legge che "*il favor verso le soluzioni stragiudiziali è il frutto dell'accoglimento della teoria del going concern, secondo cui un'impresa in movimento produce più ricchezza di quanta se ne possa ricavare da un procedimento di liquidazione concorsuale (l'accoglimento di questa teoria ha sancito il primato delle ragioni dell'economia su quelle del diritto)*".

mosche, poiché la vera garanzia per il denaro da questi prestato non era costituito di certo dal valore del ferro o dei materiali utilizzati nella costruzione dei singoli binari, quanto dal valore economico derivante dalla capacità che una linea ferroviaria ha di distribuzione dei beni da un'area ad un'altra, incrementando lo scambio e i commerci.

Sorse dunque il problema di concretizzare in qualche modo questo valore, in modo tale da poterlo quantificare per poterlo rendere ai creditori e agli investitori: così si sarebbe potuti addivenire ad una soluzione più giusta e corretta, che tutelasse maggiormente il ceto creditorio.

E come da tradizione dei sistemi di *common law*, prima ancora che con l'intervento legislativo, gli operatori del settore, e quindi banche, avvocati e direttamente i giudici hanno escogitato un sistema per venire fuori dalla crisi, che sebbene inizialmente macchinoso, è stato prodromico alla prima vera legge sul fallimento, il cd. *Chandler Act*, legge del 1898, poi emendata nel 1938.

Nel 1898, dopo diversi tentativi legislativi tutti rovinosamente abrogati, come si è detto, in pochissimo

tempo[60], fu emanata la nuova disciplina, anch'essa destinata ad essere più volte modificata, per poi essere sostituita definitivamente nel 1938, vista la sua incapacità di far fronte ai problemi altalenanti dell'economia[61], e soprattutto a seguito della crisi del '29.

E' con la nuova legislazione che viene sancito il distacco definitivo dal diritto anglosassone in materia.

Sebbene rimanesse, comunque, elemento dominante di tutta la materia il *favor debitoris*, nessuna influenza ebbe, infatti, la modifica avvenuta nel Regno Unito nel 1883 alla precedente legge del 1869, che ebbe la peculiarità di dare una forte impronta pubblicistica alla materia fallimentare, sottoponendola al controllo dell'autorità amministrativa.

Negli Stati Uniti per evitare il proliferare di fallimenti durante il periodo della crisi profonda dell'inizio del XX

[60] La prima legge in materia risale al 1800, abrogata probabilmente più per motivi politici che di opportunità legislativa; nel 1841 fu poi approvata una diversa legge che apportava delle novità anche rispetto alla legislazione anglosassone, tra cui l'estensione della fallibilità anche al debitore civile, e non solo ai commercianti, introduceva la procedura di *voluntary bankruptcy*, ovvero la facoltà di chiedere il proprio fallimento, e prevedeva la liberazione del debitore anche senza l'approvazione del ceto creditorio. Il favor debitoris, sebbene criticato tanto da portare all'abrogazione della legge del 1841, fu nuovamente accolto con la legge del 1867, che dopo qualche anno fu abrogata. E' per questa via che si giunge al Chandler Act del 1898.

[61] Non bastò modificare il concetto di insolvenza, ancorandolo alla differenza tra attivo e passivo patrimoniale, proprio per venire incontro alle crisi di liquidità dell'economia del momento.

secolo, fu dato, al contrario, un forte impulso alla soluzione concordata della crisi, alle moratorie, e alla riorganizzazione[62].

In particolare furono create tre diverse modalità di riorganizzazione: per le società quotate più grandi veniva applicato quanto previsto dal cd. Chapter X, per le società private più piccole, si applicava il cd. Chapter XI, e infine vi era il cd. Chapter XII che aveva ad oggetto la riorganizzazione dei patrimoni immobiliari.

I varii procedimenti differivano tra loro non solo per la categoria di società ad essi sottoposta, ma anche per la modalità di riorganizzazione tipica di ciascuna.

Su tutti il Chapter XII si rivelò ben presto dispendioso, assai macchinoso, e molto oneroso per la società, poiché esso prevedeva la nomina di un *trustee*, lo spossessamento del debitore, un controllo molto stringente della Sec[63], continui interventi del tribunale.

Al contrario il Chapter XI era più rapido, consentiva al *management* di mantenere il controllo della società, prevedeva

[62] Levi e Moore, Bankruptcy and Reorganization: A survey of changes, in 5U. of Chi.L.Rev, 1938, p.219; Rossi, equivoci sul concetto di insolvenza, TROVA MEGLIO, Bunn, the impairment of contracts: Mortage and Insurance Moratoria, in 1 U. of Chi. L. Rev., 1933, p.249, Feller, Moratory Legislation, in 46 Harv. L. Rev., 1933, p.1061.

[63] Securities and Exchange Commission.

minor potere al tribunale che, a differenza di quanto era in suo potere negli altri due procedimenti, non aveva alcuna autorità di modificare le garanzie dei creditori o di imporre loro un piano senza il loro consenso.

Le differenze tanto rilevanti tra i diversi procedimenti ne comportarono un uso scorretto: difatti spesso accadeva che veniva invocato l'utilizzo di un procedimento sotto Chapter XI, pur trattandosi di società bisognose dell'applicazione di uno degli altri Chapter, proprio in virtù dei maggior vantaggi per il management e per i creditori stessi[64]. Da ciò spesso conseguivano delle controversie giurisdizionali ancora più onerose[65], e sebbene ogni "capitolo" presentasse i suoi vantaggi, tutti si rivelarono essere inadeguati a risolvere in modo davvero efficace, economico, efficiente e rapido la crisi di impresa.

[64] Il cd. "*forum shopping*", posto in essere "*by the creditors or the debtors seeking to invoke the more favourable law*", in C.J. Tabb "The law of bankruptcy, Westbury, New York, The foundation Press, Inc., 1997, p.57 e ss.

[65] Securities and Exchange Commission v. Canandaigua Enterprises Corp., 339 F.2d 14, 19 (2d Cir.1964), in cui il giudice ha sottolineato l'anomalia commentando "*the patient would probably die while the doctors argued about which operating table should be on*".

Quindi forte si sentì sin dagli anni '60 l'esigenza di modificare, nuovamente, la legge fallimentare, anche facendo seguito alle istanze di riforma sollevate da gruppi di studiosi[66].

Nel 1978, infine, è stata emanata l'ultima legge fallimentare americana, che viene comunemente definita "*Bankruptcy Reform Act*"[67], che ricompone tutta la materia nuovamente, e la cui più grande novità è l'introduzione di un unico procedimento di riorganizzazione il Chapter 11, applicabile a tutti i tipi di imprese commerciali, e nato con l'intento di riunire le migliori caratteristiche dei precedenti

[66] Tra cui la National Bankruptcy Conference, comitato composto da professori universitari, avvocati e giudici, fondato proprio con lo scopo di studiare la legge fallimentare e proporre modifiche e correttivi, vedasi McLaughlin, Aspects of the Chandler Bill to Amend the Bankruptcy Act, in 4 V. of Chi. L.Rev. (1937), p.369 ss. e in 12 J.N.A. Ref. Bankr (1938), p.124, la National Conference of Referees, composto da giudici, la Brookings Institutions, che è un'organizzazione di ricerca in materia di economia e politica estera ed infine la Commission on the Bankruptcy Laws of united States, istituita con la Pub. L. No.91-354, 84 Stat. 468, anch'essa con il precipuo compito di studiare e proporre modifiche al legge fallimentare tenuto conto dei cambiamenti e degli sviluppi economici, finanziari e commerciali.

[67] Molto interessanti sono i lavori preparatori (Cfr. H.R. Rep. 595, 95th Cong., 2d Sess. 220 (1977), rist.1978 U.S.C.C.A.N. 5963, 6179): "*The purpose of a business reorganization case, unlike a liquidation case, is to restructure a business's finances so that it may continue to operate, provide its employees with jobs, pay its creditors, and produce a return for stockholders. The premise of a business reorganization is that assets that are used for production in the industry for which they were designed are more valuable than those some assets sold for scrap. Often, the return on assets that a business can produce is inadequate to compensate those who have invested in the business. Cash flow problems may develop, and require creditors of the business, both trade creditors and long-term lenders, to wait for payment of their claims. If the business can extend or reduce its debts, it often can be returned to a viable state*. It is more economically efficient to reorganize than to liquidate, because it preserves jobs and assets."

Chapters, al fine di creare una modalità di risoluzione della crisi unitaria[68].

Nel promulgare questa legge il Congresso ha respinto fermamente la posizione della Sec, che si era proposta per un ruolo di controllo a garanzia degli interessi degli investitori pubblici nei casi di riorganizzazione; ma essendo negli Stati Uniti molto forte la concezione privatistica della risoluzione della crisi di impresa, si è evitato che la Sec potesse assumere un qualche ruolo formale[69].

Differentemente un ruolo preminente è stato dato alla discrezionalità dei giudici; con il Chapter 11, infatti, il debitore continua ad operare la sua attività di impresa[70], sempre che il tribunale non decida diversamente, spossessando il debitore e nominando un "*trustee*", o, diversamente, nominando un altro soggetto, l'"*examiner*", che ha poteri meno invasivi rispetto al

[68] E' da ribadire che il modello americano è stato ispirazione per tutte le riforme fallimentari europee. In particolare, però, la legislazione tedesca è l'unica che ha utilizzato lo schema della procedura unitaria, eliminando il dualismo tra fallimento e concordato preventivo.

[69] La *ratio* dell'avversione all'intervento della SEC nei procedimenti di *reorganization* è ben sintetizzata da White James J. e Nimmer Raymond T., Cases and materials in Bankruptcy (second ed.), West Publishing Co., Minn. 1992, che riportano un motto di spirito "*you have heard the joke about the three most common lies? Number three is: "I am from federal government and I am here to help you*", p.511

[70] Resta, come si suol dire, DIP, *debtor in possession*.

trustee, a cui è demandato il compito di supervisionare e fare dei periodici report.

Inoltre, come meglio si dirà in seguito, al tribunale è stato attribuito il cd. *cram down*, cioè il potere di omologare il piano eventualmente presentato al debitore, nonostante il voto contrario di talune classi di creditori, sempre che ritenga che questi ultimi non ricevano dall'esecuzione del piano di riorganizzazione meno di quanto riceverebbero se fosse attuato un cd. Chapter 7, ovvero, una liquidazione[71].

2.1.2. La procedura del Chapter 11

Il Bankruptcy Code si apre con il Chapter 1 dedicato ai provvedimenti generali e alle definizioni.

[71] Anche se questa scelta è stata criticata da Roe Mark J., Bankruptcy and corporate reorganization. Legal and financial materials, Foundation press, 2007, p. 556, "*We suspect that one judge's feasibility is another's impossible dream*". Forse è questo il motivo per cui il nostro legislatore in un primo momento aveva accolto il *cram down*, prevedendo al secondo comma del vecchio art. 177 che "*il tribunale, riscontrata in ogni caso la maggioranza di cui al primo comma, può approvare il concordato nonostante il dissenso di una o più classi di creditori, se la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato, e qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili*". Il correttivo della riforma ha falciato questa disposizione.

In particolare viene definito il debitore[72], l'insolvenza[73] distinguendo tra ente pubblico, società e soggetto diverso da ente pubblico e società, e il "piccolo imprenditore"[74]; la disciplina concernente la piccola impresa, con l'inserimento di clausole particolari a favore di essa, è stata introdotta nel 1994.

Il debitore è legittimato a sottoporsi automaticamente ad una procedura di riorganizzazione (*voluntary case*), ma può anche succedere che la richiesta venga da altri soggetti interessati, quali ad esempio i creditori (*unvoluntary case*). E' bene sottolineare che accade molto più di frequente la prima ipotesi poiché sebbene il Bankruptcy Code in un certo senso

[72] Section (13): *The term "debtor" means a person or municipality concerning which a case under this title has been commenced.*

[73] Section (32): *The term "insolvent" means: A-with reference to an entity other than a partnership and a municipality, financial condition such that the sum of such entity's debts is greater than all of such entity's property, at a fair valutation, exclusive of: i) property transferred, concealed, or removed with intent to hinder, delay, or defraud such entity's creditors; and ii) property that may be exempted from property of the estate under secion 522 of this title; B- with reference to a partnership, financial condition such that the sum of such partnership's debts is greater than the aggregate of, at a fair valutation: i) all of such partnership's property, exclusive of property of the kind specified in subparagraph A(i) of this paragraph; and ii) the sum of the excess of the value of each general partner's nonpartnership property, exclusive of property of the kind specified in subparagraph A of this paragraph, over such partner's non partnership debts; and C- with reference to a municipality, financial condition such that the municipality is i) generally not paying its debts as they become due unless such debts are the subject of a bona fide dispute; or ii) unable to pay its debts become due.*

[74] Section (51D) *The term "small business debtor", a- subject to subparagraph (B), means a person engaged in commercial or business activities (including any affiliate of such person that is also a debtor under this title and excluding a person whose primary activity is the business of owning or operating ….)*

inciti i creditori a forzare una procedura concorsuale, questi non sempre ne hanno interesse[75].

Qui entra in gioco il non facile rapporto che esiste tra le leggi dei singoli Stati e la legge federale. Nel momento in cui inizia una procedura di riorganizzazione, inizia la cd. *automatic stay*[76], vi è cioè la sospensione di tutte le azioni individuali dei creditori verso il debitore. La maggior parte delle leggi statali, invece, tende ad incentivare il creditore nelle aule di tribunale, lasciandogli la libertà di iniziare un'azione contro il debitore per far valere il proprio credito, qualora lo preferisca.

Le due tendenze sono state conciliate dal *Bankruptcy Code* che concede al giudice la discrezionalità di permettere l'esenzione dalla sospensione: ciò ha però comportato che una buona parte delle cause in materia fallimentare, sono sollevate dai creditori che richiedono l'esenzione, così da poter

[75] "*So chapter 11 is often used defensively by debtors, not offensively by creditors.*" Roe Roe Mark J.,Bankruptcy and corporate reorganization. Legal and financial materials, Foundation press, 2007, p.10. Il debitore può avvalersi del "*voluntary case*" indipendentemente dal fatto che la situazione patrimoniale sia o no totalmente compromessa.

[76] Negli Stati Uniti la sospensione delle azioni individuali è previsto anche preventivamente, cioè nella fase estremamente delicata della trattazione con i creditori antecedente la stipulazione degli accordi. V. Presti, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, op. cit., p. 575

perseguire direttamente il debitore per ottenere quanto gli è dovuto, o almeno per riuscire a spuntare una garanzia.

Fermo restando che l' *automatic stay* resta ovviamente un beneficio non solo a favore del debitore, al quale, in questo modo, viene concesso di mettere ordine nella sua impresa senza ricevere pressioni dall'esterno, ma anche a favore dei creditori, che hanno tutto l'interesse a difendere il patrimonio del debitore dalle aggressioni delle altrui pretese.

Per quanto il principio sotteso alla disciplina fallimentare statunitense resta in ogni caso il *favor debitoris*, si deve sottolineare che qualora sia lo stesso debitore ad intraprendere un'azione, non può questi avvalersi della regola della sospensione automatica in difesa da un'eventuale controquerela. *While the automatic stay serves as a powerful shield, it cannot be used as a sword*.

Come si è detto una delle caratteristiche originali del Chapter 11 è la possibilità concessa al debitore di restare in possesso dei suoi beni e continuare a gestire la sua attività. La scelta del legislatore statunitense deriva dall'esperienza che ha dimostrato che lasciare che il debitore e il suo *management* resti al timone dell'impresa favorisce il processo di

riorganizzazione, perché il controllo resta nella mani di chi ben conosce l'impresa; affidare gli affari ad un nuovo soggetto vorrebbe dire sicuramente un dispendio di tempo, prima ancora che economico, affinchè il nuovo *management* acquisti confidenza e dimestichezza con l'impresa. Inoltre si ritiene che generalmente sono gli stessi creditori che preferiscono maggiormente continuare a relazionarsi con il vecchio debitore, di certo più familiare di altri soggetti estranei e nuovi.

La procedura di Chapter 11 contenuta nel *Bankruptcy Code* prevede la stesura di un piano che deve contenere alcuni elementi: in esso innanzitutto devono essere riportati i creditori suddivisi in classi[77], in base all'importo delle pretese e agli interessi del debitore. E' necessario, poi, che vengano distinte le classi di creditori i cui diritti non vengono in alcun modo lesi o indeboliti dal piano, da quelle classi di creditori[78] i cui diritti vengono in qualche modo alterati dalla riorganizzazione.

[77] La ripartizione dei creditori in classi, che comporta una nuova concezione della *par condicio creditorum,* è stato accolto anche dal legislatore tedesco e da quello italiano.

[78] Cioè, le cosiddette "*impaired classes*".

La suddivisione in classi comporta il pari trattamento per gli appartenenti alla stessa classe. La legge fallimentare lascia libero il debitore di separare i creditori che hanno pretese sostanzialmente simili (ad esempio crediti con garanzie, o senza garanzie, creditori con garanzie sullo stesso bene, etc), ponendoli in classi di trattamento differenziate; ma molti tribunali nella prassi hanno imposto delle limitazioni a tale potere del debitore, proibendogli di separare i creditori o consentendogli di farlo solo a patto di ricevere una valida motivazione, funzionale alla ristrutturazione.

Il piano deve inoltre contenere tutte le adeguate motivazioni che ne giustifichino la stesura.

Affinchè il Chapter 11 possa ricevere esecuzione, però, vi è comunque la necessità della *confirmation*, da parte del tribunale fallimentare, e ciò anche se tutti i creditori hanno votato a favore del piano e nessuno si è opposto.

Per ricevere l'omologazione da parte del tribunale il piano deve rispondere ad una serie di punti indicati dalla legge.

La stesura del piano deve rispettare quanto richiesto dalla legge.

Il proponente deve fornire alla Corte tutte le informazioni necessarie, come ad esempio le eventuali dichiarazioni di tutti coloro che hanno votato il piano stesso.

Egli deve inoltre presentare il piano in buona fede, con l'onesta intenzione e reale aspettativa di giungere alla risoluzione della crisi di impresa attraverso la riorganizzazione.

Il piano deve essere ragionevole[79], votato favorevolmente da tutte le classi di "*impaired creditors*", fermo restando il potere di *cram down* del tribunale di cui si è detto.

La procedura del nostro sistema che maggiormente si avvicina alla riorganizzazione statunitense è sicuramente quella degli accordi di ristrutturazione, fermo restando che non vi è nella disciplina d'oltreoceano alcun riferimento alle conseguenze in termini di revocatoria, *rectius*, di esenzione dalla revocatoria per gli atti compiuti in esecuzione di un Chapter 11.

[79] La ragionevolezza, *feasibility*, viene verificata dalla Corte che deve verificare che effettivamente si possa ritenere che il debitore, o un suo eventuale successore all'interno della procedura, verosimilmente non richieda la liquidazione o un'ulteriore riorganizzazione, sempre che non sia espressamente prevista dal piano stesso.

Alla luce di quanto esposto, il piano attestato di risanamento ex art. 67 co.3 lett.d), non trova alcun diretto riferimento nel Bankruptcy Code.

Esso può essere infatti invocato solo dall'imprenditore debitore, non esiste alcuna ipotesi assimilabile "*unvoluntary case*", nè vi sono prescrizioni per ciò che concerne la eventuale suddivisione in classi, e, aspetto più importante, nessun intervento del giudice è previsto, nè alcun tipo di pubblicità, donde la mancata previsione di qualsiasi forma di sospensione delle azioni individuali. Il ruolo centrale viene affidato all'esperto che deve attestare la ragionevolezza del piano, onere che negli Stati Uniti spetta al giudice che deve valutare della *feasibility*.

Al Chapter 11 risulta, piuttosto, maggiormente ispirato l'accordo di ristrutturazione ex art. 182bis, fermo restando che anche in questo caso l'iniziativa resta esclusivamente nelle mani del debitore, e non vi è la previsione di suddivisioni in classi.

2.2. *"L'approccio londinese"*

La procedura fallimentare inglese[80] è disciplinata dalla legge fondamentale del 1914, il cd. Bankruptcy Act, emendato poi nel 1926 (con il Bankruptcy Amendment) e più di recente nel 1986 dall'Insolvency Act[81].

La disciplina fallimentare prevede diverse procedure adottabili, offrendo la scelta tra sette alternative[82] per le imprese in crisi o insolventi, dalla cessazione dell'impresa, a diverse modalità di risanamento attraverso accordi formali o informali con i creditori, o con una riorganizzazione affidata ad un soggetto terzo.

L'Insolvency Act del 1986, in linea con le tendenze della legislazione statunitense di cui si è detto, ha posto maggiormente l'attenzione sulle procedure di riorganizzazione e di salvataggio delle imprese in difficoltà, prima di giungere all'ineluttabile liquidazione. In particolare ha previsto la

[80] Per dovere di correttezza si sottolinea che qui ci si riferisce alla disciplina della materia da parte della legislazione di Inghilterra e Galles; vi sono infatti delle diversità di disciplina, sebbene non radicali, nella legislazione della Scozia, dell'Irlanda del Nord e di Gibilterra.

[81] Emanata a seguito dei valori di un'apposita Commissione, il Cork Commitee.

[82] Accanto alla possibilità di accordi informali con i creditori, nell'ambito dei procedimenti di pre-insolvenza, vi sono: Administrative receivership, Administration, Voluntary Arrangements, Member's voluntary liquidation, Creditor's voluntary liquidation, Compulsary liquidation.

procedura di *Administration*[83], accanto ad una procedura di riorganizzazione a seguito della redazione di un piano di ristrutturazione da sottoporsi al voto della maggioranza dei creditori (il cd. CVA, *Corporate Voluntary Arrangements*).

Con l'*Administration* il debitore chiede la nomina di un curatore (l'*administrator*, per l'appunto) che avrà il compito di gestire l'impresa, con ampi poteri, che si estendono fino alla possibilità di accedere a nuova finanza; ponendo in essere questa procedura il debitore si pone al riparo dalle azioni individuali dei creditori che vengono inibite dal momento della richiesta presentata al giudice.

Il debitore però non può invocare la procedura di *Administration*, qualora i creditori, muniti di una garanzia generica[84], abbiano già invocato, di fronte ad una crisi finanziaria dell'impresa, a difesa dei propri diritti *l'Administration receivership*, e con essa la nomina del *receiver*; questi ha il compito di ricevere gli utili e preservare il patrimonio dell'impresa, al solo fine di ottenere

[83] Che ricorda vagamente la nostra abrogata amministrazione controllata.

[84] E' parte integrante del contratto di garanzia la previsione della possibilità per il creditore di nominare un receiver qualora ritenga in qualche modo in pericolo il soddisfacimento del proprio credito.

soddisfacimento per i creditori garantiti che lo hanno nominato.

Secondo studi fatti[85] a fronte di migliaia di procedure di *Administrative receivership*, vi sono state poche nomine di *administrator*: la causa si è rivelata essere, nella maggior parte dei casi, un eccessivo costo e complessità della procedura, accanto ad una eccessiva autonomia e indipendenza dell'*administrator* a fronte di responsabilità limitate, tenuto inoltre conto del limitato numero di esperti qualificati nella gestione delle crisi di impresa.

Gli strumenti predisposti dall'Insolvency Act del 1986 si sono dunque rivelati inadatti e inadeguati a far fronte alla nuova fase di crisi della fine degli anni '80[86].

[85] Sach D., A new approach to receivers, Insolvency Bulletin, dicembre 1994; Flood J., Skordaky E., Insolvency practitioners and big corporated insolvencies, Research Report n.43, of the Chartered Association of Certified Accountants, London 1995.

[86] La storia economica inglese del dopo-guerra è stata caratterizzata da un periodo di crisi, negli anni '70, cui è seguito un periodo di grande crescita all'inizio degli anni '80; in questo periodo molte imprese hanno fatto massiccio ricorso a prestiti bancari, e le banche, che fino a quel momento erano sempre state la risorsa maggiore per i prestiti a breve termine, lo divennero anche per i prestiti a medio-lungo termini. Questo ha ovviamente comportato delle conseguenze onerose quando alla fine degli anni '80 vi è stato un nuovo periodo di recessione in Inghilterra.

Come si legge da più parti, l'Insolvency Act non è andato molto abbastanza lontano e anche il CVA è restato, in sostanza, lettera morta[87].

Per questo sono aumentati sempre di più gli accordi stragiudiziali, privatistici, con le banche, principalmente, ma spesso anche con altri creditori, come gli azionisti, gli obbligazionisti, i fornitori, e tutti coloro che hanno un interesse nel salvataggio dell'impresa[88].

Un grande ruolo è stato assunto in questa fase della Bank Of England che ha dettato all'inizio degli anni '90 alcune regole informali e non scritte[89] per facilitare il salvataggio delle imprese in crisi da parte delle banche e dei

[87] "*The insolvency acts had been revised in the 1980s, but changes did not go far enough. The provisions for Corporate Voluntary Agreements, i.e. the legal equivalent of informal corporate workouts, were largely dead letter*" in Kent P., Corporates workouts: a U.K. Perspective, in Crisi d'impresa e risanamento. Ruolo delle banche e prospettive di riforma, (a cura di) Masciandaro D. e Riolo F., p.304; vedasi anche Kent P., Global workouts, Discorso all'Insolvency Lawyers Association, 7 novembre 1996.

[88] "*A workout is a financial rescue of a company which takes place outside the confine of insolvency law. It is invariably arranged by a company's main banks, but sometimes also involves large shareholder, bondholders, customers and suppliers, who have a financial interest in the company's survival*" Kent P., op. cit., p. 300

[89] Inizialmente ci si è posti il problema se tradurre in un formale documento scritto le regole, ma poiché spesso esse riguardano anche rapporti con banche straniere, si è preferito solo uno schema che potesse essere flessibile ed adattabile ai vari casi, così da poter avere più successo, ma soprattutto così da non dover incorrere in difficoltà potenzialmente derivanti dalle leggi sulla concorrenza degli altri Paesi.

creditori. Questo insieme regole ha preso il nome di London Approach[90].

Il London Approach non si pone come garanzia del salvataggio, ma come una guida di comportamento per le banche e gli altri creditori nei confronti di un'impresa che dimostra di avere delle serie difficoltà economiche: non è in alcun modo obbligatorio, poiché il ruolo che assume in questo caso la Bank of England è distinto dal suo ruolo di autorità di vigilanza per il ceto bancario inglese, tanto più che spesso il London Approach coinvolge banche e imprese che non oltrepassano i confini del Regno, e perciò essa non ha alcun potere di imporne l'adozione.

Le regole fondamentali del London Approach sono:

[90] *"The term London Approach may no longer be particularly appropriate. The Bank of England's policy approach for the 1990s was named the London Rules by David Lascelles, the then banking correspondent of the financial Times in an article on the 29 November 1990. This label smacked too much of rigid canons and the bank accordingly sought to change its name to London Approach, which implies something much less formally structured. The label London Rules has however been quite difficult to remove from the vocabulary of the London Market.*" Kent P., Op. cit. p.306. Sull'argomento vedasi inoltre: Kent P., La ristrutturazione finanziaria nell'esperienza inglese:la proposta londinese, in Banca, Impresa, Società, XII, 1993, n.2; Ghia L. I controlli bancari: Il London Approach, in Temi Romana, maggio-agosto 1995; The London Approach, Bank of England Quarterly Bulletin, febbraio 1993, p. 110; The London Approach: distressed debt trading, Bank Of England Quarterly Bulletin, maggio 1994, p.172; Fletcher I.F., The law of insolvency, London, 1996; Valente C., The London Approach. Le procedure di "concertazione delle crisi" secondo le banche inglesi, in Dir. Fall., 1998, p.360 e ss.

1) tutte le decisioni che hanno ad oggetto la programmazione a lungo termine dell'impresa devono essere prese sulla base di informazioni chiare, veritiere e quanto più complete possibili, ed esse devono essere comunque condivise tra tutte le banche e, più in generale, tra tutti i soggetti che partecipano a quello che viene definito *workout*, ovvero alla procedura di salvataggio finanziario di un'impresa che ha luogo al di fuori dei confini della legge fallimentare;

2) le banche devono mantenere il loro ruolo di supporto all' impresa in difficoltà verso la quale hanno già un'esposizione debitoria: ciò vuol dire che devono mantenere aperte le linee di credito, e anche dare accesso a nuove risorse, senza chiedere la nomina di un *receiver*;

3) le banche, insieme, devono raggiungere un accordo sulle modalità più adatte ai fini del salvataggio dell'impresa;

4) il salvataggio deve comunque avvenire con l'aiuto del ceto bancario e con una programmazione economico-finanziaria che lasci intatti i crediti, che continuano ad essere riconosciuti in base al grado, e per i quali potrà essere prevista un trattamento differenziato per ogni singola categoria.

Sebbene la soluzione suggerita dalla Banca d'Inghilterra sia stata accolta con entusiasmo dalla banche e dal mercato in generale, e sebbene se ne sia fatto ricorso spesso e volentieri, con o senza l'aiuto della Banca d'Inghilterra, ciò non vuol dire che non vi siano delle critiche da apporre.

Innanzitutto il criterio dell'unanimità che deve essere seguito nel caso dei più rilevanti cambiamenti circa i prestiti e le dilazioni dei crediti ha creato non pochi problemi: in questo modo si è giunti ad un eccessivo ritardo nelle decisioni, con conseguente aggravio di spese, e assottigliamento delle possibilità di successo. Ciò ha inoltre significato anche un enorme potere per le minoranze, poiché il punto non è stato affrontato come negli Stati Uniti, come si è visto, con l'istituto del *cram down*, anche perché, si ricordi, il London Approach abbraccia una idea di risoluzione della crisi che sia esterna dalle aule del tribunale.

Inoltre un altro problema si è rivelato essere l'assenza di una formale moratoria valevole per tutti i crediti. I principali creditori dell'impresa, da un lato, cioè *in primis* le banche, hanno tutto l'interesse ad essere d'accordo sul concederla; ma oltretutto prolungare i tempi, ai fini del raggiungimento di un

accordo sulla dilazione dei pagamenti, mentre, contemporaneamente, se ne cerca di raggiungere uno che riguarda il salvataggio dell'impresa nel suo insieme, potrebbe essere dannoso per l'impresa stessa, qualora tutti i creditori, anche quelli non coinvolti nel *workout*, venendo a sapere delle difficoltà del proprio debitore, decidessero di porre in essere azioni individuali di recupero dei propri crediti, portando, ovviamente, a peggiorare la situazione, o addirittura renderla irreversibile definitivamente.

Una situazione siffatta presenta profili assai analoghi a ciò che potrebbe ben accadere nel nostro ordinamento in esecuzione di un piano attestato di risanamento, che però comporta l'enorme vantaggio dell'esenzione da revocatoria fallimentare di tutti gli atti e pagamenti compiuti in esecuzione di esso, qualora l'impresa dovesse non risanarsi e dunque fallire.

Come si dirà nell'ultimo capitolo, è di tutta evidenza che lo stesso London Approach è stato utilizzato come schema per la stesura in Italia, da parte dell'ABI, nel 1999/2000, del Codice di Comportamento tra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi di impresa, nato

anch'esso con lo scopo di creare degli accordi tra istituti bancari disposti ad aiutare gli imprenditori in fase di difficoltà.

2.3. Le procedure di prevenzione francesi

La Francia e la Germania, rispetto agli altri Paesi di *civil law* europei, hanno da tempo posto al centro della disciplina giuridica sulle crisi di impresa il grave pregiudizio che subiscono i creditori e l'intero sistema produttivo nazionale allorquando l'impresa in default è posta in liquidazione.

In particolare, però, mentre per il legislatore tedesco, come si dirà il fulcro della procedura è il soddisfacimento dei creditori, in Francia si è posta maggiormente enfasi sulle esigenze di risanamento dell'impresa attraverso processi di ristrutturazione che si realizzano attraverso la riorganizzazione interna, o con la vendita dell'interna azienda o di una parte di essa purchè funzionante.

Sia la legislazione francese che quella tedesca prendono in considerazione non solo i casi nei quali l'insolvenza è manifesta, ma anche i casi in cui si è in presenza "solo" di

fondati timori che il rischio sia incombente: l' arretrare il momento dell'applicazione di procedure di soluzione della crisi dimostra in modo lampante l'intento della legge di trovare dei meccanismi rivolti innanzitutto al salvataggio del bene produttivo fino a che è possibile, cercando di non arrivare all'inevitabile momento della liquidazione.

La riforma francese risale al 1995, e sin da subito la dottrina italiana si è interrogata[91] sull'esigenza di seguire o meno il modello adottato oltralpe: in particolare ci si riferiva alla necessità di far luce sul momento della prevenzione della crisi, cosa che in Francia era avvenuto con la valorizzazione del *règlement amiable* e con la maggiore tutela prevista per i creditori nel *règlement judiciaire*.

Lo stesso legislatore francese ha poi, più di recente, apportato delle ulteriori modifiche alla disciplina, con la legge 2005-845 del 26 luglio 2005.

Attualmente, il libro IV del "Code de Commerce" contiene la normativa relativa a "Des difficulés des entreprises"; esso è poi articolato in titoli, ciascuno dedicato

[91] Jorio, La riforma delle leggi francesi sull'insolvenza: un modello da imitare?, in Giur.Comm., 1995,p.698.

alla diversa procedura da poter attivare, in base alle condizioni in cui versa l'impresa in oggetto. Il libro quindi si apre con la "Prevenzione delle difficoltà", nella quale si regolamenta la procedura di conciliazione (titre I), e prosegue con la procedura di salvaguardia (titre II), la procedura di risanamento giudiziario (titre III), e infine la liquidazione giudiziaria (titre IV).

Con la recente modifica del libro IV del Codice di Commercio appare rafforzata l'idea di fondo della legislazione francese, e cioè la necessità di un ricorso tempestivo alla prevenzione della crisi, affinchè si possa evitare che la liquidazione giudiziaria provochi l'arresto definitivo dell'impresa.

Se poi questo obiettivo tanto rilevante nell'economia di qualsiasi Paese possa dirsi effettivamente realizzato in Francia è tutto da verificare[92].

Allo stato non vi sono dati di conferma successivi alle modifiche ed integrazioni entrate in vigore nel 2006. Per il

[92] V. Campana, L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese, in Fall., 2003, p.992 e ss. dove si legge che "*più del 92% delle procedure (compresa quella del redresement judiciaire) sfocia nella liquidazione giudiziaria. Quindi, meno del 10% dei piani (di conciliazione, salvaguardia o continuazione e risanamento) hanno avuto successo*".

periodo pregresso, invece, dai dati disponibili risulta con chiarezza che le procedure cd. preventive della crisi, nella maggior parte dei casi, sono servite a rinviare quelle di vere e proprio risanamento, e quelle di liquidazione giudiziaria[93].

Nella disciplina attuale sulla prevenzione delle difficoltà di impresa è stabilito che i soggetti iscritti nel Registro di commercio e delle società, nonché nel Repertorio di arti e mestieri, possono aderire a *groupements* di prevenzione, riconosciuti con Ordinanza emessa dal rappresentante dello Stato che ha sede nella Regione di appartenenza.

Gli Organismi di cui innanzi svolgono un ruolo di grande rilevanza nel segnalare ai propri aderenti in maniera tempestiva l'esistenza di indicatori di anomalia che potrebbero preludere a difficoltà gestionali.

Difatti, in maniera riservata e confidenziale, l'Organismo avverte i responsabili delle imprese e i soggetti associati di aver individuato sintomi prodromici di uno stato di difficoltà, proponendo, se del caso, esperti professionisti capaci di svolgere attività *a latere* volte all'eliminazione delle anomalie riscontrate (article L.611-1).

[93] AA.VV. Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali, op. Cit.

E' lasciata, poi, all'iniziativa del Presidente del Tribunale di Commercio di convocare i dirigenti dell'impresa, le cui difficoltà risultano da atti, documenti o procedure e che potrebbero compromettere la continuità della gestione.

Se i soggetti, eventualmente, non si presentano, pur convocati, il Presidente del Tribunale, di sua iniziativa, al fine di predisporre un quadro normativo che rispecchi con completezza la situazione economico-finanziaria d'impresa, può ottenere ogni informazione dai revisori dei conti, dai rappresentanti del personale, dalle pubbliche amministrazioni, dagli organismi di previdenza sociale.

Tra l'altro, se i responsabili di impresa non depositano i bilanci nel termine fissato dal Tribunale, il Presidente può procedere ugualmente alla raccolta di ogni necessaria informazione.

Alla procedura di conciliazione possono accedere tutti i soggetti che dimostrano la presenza di difficoltà economiche o finanziarie già verificate o possibili, sempre che però non si trovino già in "*stato di cessazione dei pagamenti*"[94].

[94] Per cessazione dei pagamenti si intende l'impossibilità di far fronte al passivo esigibile con l'attivo disponibile. *La procédure de redressement judiciaire [est] ouverte à tout débiteur [qui est] dans l'impossibilité de faire face au passif*

L'accesso alla procedura è proposto dall'imprenditore che è chiamato ad esporre in una relazione la situazione dell'impresa, i fabbisogni finanziari e le fonti di finanziamento a copertura.

E' nei poteri del Presidente del Tribunale nominare un esperto che avrà il compito della stesura di una relazione completa ed esaustiva sulla situazione d'impresa, anche ricorrendo a fonti informative, siano esse le più svariate.

Il Presidente del Tribunale, non appena aperta la procedura di conciliazione, che non può durare più di 4 mesi, con l'eccezione di una sola proroga autorizzata di un mese, ne da' comunicazione al pubblico ministero e nomina il *conciliatore*, che può anche essere proposto dal debitore.

Il compito del conciliatore consiste nel pervenire ad un *amiable accord* (accordo amichevole) tra il debitore e i suoi creditori volto ad eliminare le difficoltà esistenti. Egli può,

---

exigible avec son actif disponible. - Code de commerce L631-1 ou anciennement Article 3 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au et à la liquidation judiciaire des entreprises. Cette disposition légale reprend une solution dégagée par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation en date du 14 février 1978). Le « passif exigible » est le passif devant donner lieu à un paiement immédiat (salaires, charges, factures à échéance...). L'« actif disponible » est tout ce qui est susceptible d'être immédiatement transformé en liquidités (créances clients, traites escomptables, valeurs mobilières, le cas échéant machines ou biens non indispensables à l'activité réalisables rapidement).

altresì, presentare proposte idonee alla salvaguardia della continuità dell'impresa ed al mantenimento del livello occupazione.

Anche il Presidente del Tribunale partecipa alla procedura di conciliazione comunicando al conciliatore tutte le informazioni di cui dispone, nonché quelle ottenute dall'esperto nominato ai sensi della L.616-6 del Codice di Commercio.

Nel corso della procedura il conciliatore informa del proprio operato il Presidente del Tribunale specificando in particolare, il contegno e il comportamento del debitore.

Se la conciliazione non risulta possibile, il conciliatore ne redige relazione che attesta le motivazioni che generano l'impossibilità di pervenire ad un accordo e che deve essere notificata al debitore.

Se l'accordo di conciliazione è stipulato, il Presidente del Tribunale lo rende esecutivo, omologandolo, dopo aver ascoltato i soggetti coinvolti, e sempre che sia corroborato da: 1) una dichiarazione certificata del debitore attestante che non è in stato di cessazione dei pagamenti; 2) l'impegno che l'impresa continui la sua attività; 3) la ragionevole certezza

che l'accordo non rechi pregiudizio ai creditori che non hanno aderito, ai quali viene comunque lasciata la possibilità di agire ex artt. 1244-1, 1244-2, 1244-3 del Codice di Commercio.

Una volta omologato l'accordo, vi è la sospensione delle azioni giudiziarie per la durata dell'esecuzione dello stesso.

In caso di apertura delle procedure di salvaguardia, di risanamento o di liquidazione giudiziaria, coloro che hanno apportato nuova finanza nel periodo della conciliazione diventano creditori privilegiati rispetto ai creditori pre-esistenti all'apertura della procedura; del pari i fornitori che, nell'ambito della conciliazione, forniscono beni o servizi per la prosecuzione dell'attività di impresa, diventano creditori privilegiati.

Se viene aperta una procedura di salvaguardia o risanamento o di liquidazione giudiziaria, la conciliazione cessa, e i creditori che hanno aderito all'accordo di conciliazione partecipano alla nuova procedura, per l'intero credito, dedotte le somme eventualmente già riscosse.

La procedura di salvaguardia è richiesta dal debitore che si trova in uno stato di difficoltà, che non riesca a superare per

vie normali e potrebbe sfociare nella cessazione dei pagamenti[95].

La finalità precipua di questa procedura, che si pone al centro tra quella di conciliazione e quella di risanamento giudiziario, è quella di garantire la continuità dell'impresa, il mantenimento del livello occupazionale e l'appuramento del passivo attraverso un processo di riorganizzazione aziendale.

Essa è realizzata con la redazione del *plan de sauvegarde* approvato dal Tribunale allo scadere del periodo di osservazione.

La decisione sull'apertura della procedura spetta al Tribunale che vaglia la richiesta del debitore, dopo averlo ascoltato. Nel caso in cui il debitore abbia già usufruito della procedura di conciliazione nei 18 mesi precedenti, la

[95] Art. 620-1 Code de Commerce "*Il est institué une procédure de sauveguarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L.620-2 qui, sanse etre en cessation des paiements, justifie de difficultès qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procedure est destine à faciliter la reorganisation de l'entreprise affine de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif*". Non sono indicati criteri quantitativi circa l'ammontare dei debiti o il numero di creditori: qualcuno ritiene che il mancato pagamento anche di un solo debito comporti la cessazione dei pagamenti, ma in questo caso, come in generale qualora non si saldino debiti di poca importanza, la conseguenza non dovrebbe essere quella del risanamento giudiziario, quanto piuttosto di una composizione amichevole.

procedura di salvaguardia deve essere sottoposta al pubblico ministero.

La procedura ha un periodo di osservazione non superiore a 6 mesi, rinnovabili per una sola volta, su richiesta dell'amministratore, del debitore o del p.m. All'apertura della procedura se il debitore già trovasi in stato di cessazione dei pagamenti, il Tribunale delibera la procedura di risanamento giudiziario o quella di liquidazione, a seconda della gravità della crisi.

Nell'ambito della procedura di salvaguardia il debitore resta titolare dei suoi beni, e amministra l'impresa, sebbene sotto la sorveglianza dell'amministratore giudiziario.

In merito ai rapporti con i creditori, al momento dell'apertura delal procedura vi è la sospensione di tutti i pagamenti relativi ai crediti sorti precedentemente alla stessa; quelli, invece, sorti nel periodo della procedura sono pagati alla loro naturale scadenza, ed in caso di mancato pagamento, nell'ipotesi di risanamento o di liquidazione giudiziaria, diventano prededucibili e privilegiati, subito dopo le spese di giustizia e le spettanze dei lavoratori.

Al pari della procedura di conciliazione, tutte le azioni legali intraprese per la riscossione dei crediti vengono bloccate, viene altresì, arrestata la decorrenza degli interessi legali e di mora.

Nel corso della procedura l'amministratore deve redigere il bilancio aggiornato accompagnato dalla relazione illustrativa delle cause che hanno originato la necessità del ricorso alla "salvaguardia".

Accanto al bilancio è stilato il vero e proprio "piano di salvaguardia" che, oltre ad esplicitare le modalità organizzative, definisce le proposte sulle modalità di pagamento del passivo, che vengono sottoposte al voto dei singoli creditori: trascorsi 30 giorni dalla richiesta di esprimere il voto, si applica la regola del silenzio assenso.

Il piano di salvaguardia deve essere, infine, approvato dal Tribunale, che ne fissa, altresì la durata esecutiva, che, in ogni caso, non può superare i 10 anni.

La corretta esecuzione del piano è garantita dalla presenza di un soggetto, il mandatario giudiziario, che è nominato dal Tribunale con compiti di vigilanza: egli infatti deve rendere noto allo stesso Tribunale l'eventuale scorretta

esecuzione, cosi' che si possa decidere la cessazione della procedura e l'inizio della liquidazione giudiziaria.

Se è vero che le procedure di conciliazione e di salvaguardia da un lato presentano degli aspetti in comune con gli istituti accolti dal riformatore italiano, in particolare la finalità di risanamento, e il tentativo di ricomporre la crisi attraverso dei piani che prevedano l'accordo o comunque il consenso dei creditori, dall'altro nel sistema francese non si rinviene alcuno strumento che condivida con il nostro piano attestato di risanamento ex art.67 co.3 lett.d) la totale stragiudizialità.

Infatti in ogni caso è richiesto l'intervento del Tribunale che accerti le condizioni economico-finanziarie in cui versa l'impresa, nonchè la sussistenza dei requisiti obbligatori richiesti dal Codice di Commercio[96]. E' richiesto in fatti che si

[96] A titolo esemplificativo si riportano parti salienti del provvedimento del Tribunale commerciale, 16 juillet, 2008 relativi al caso M. Rouvroy c/ SAS Belvedere in Revue des Sociétés n. 4/2008 pag. 894 e segg.: […]

2) sur la recevabilité de la demande:
Attendu que l'ensemble des conditions de forme posées par la loi sont exactement remplies;
Attendu, en particulier, que l'examen des situations de trésorerie démontre de manière convaincante que la société Belvédère dispose d'un actif disponible lui permettant de faire face à son passible exigible; qu'elle n'est pas, de ce fait, en état de cessation des paiements;
Attendu que la demande sera de ce chef déclarée recevable;
3) sur le bien – fondè de la demande:

accerti che la situazione dell'impresa sia idonea a consentire il soddisfacimento delle passività esigibili con le attività disponibili e che l'impresa non abbia cessato i pagamenti[97].

Può quindi succedere che l'impresa allo stato della richiesta della procedura non sia insolvente, ma la situazione potrebbe peggiorare liddove vi fossero delle azioni individuali

---

Attendu que la requérante, subissant une pression sérieuse et potentiellement menacée jusque dans son existence par la faculté laissée à la discrétion d'une minorité de créanciers obligataires d'exercer une action hostile à son encontre, apporte bien la preuve de son intérêt à agir;
Attendu que la mise en oeuvre de la procédure de sauvegarde est précisément soumise à mie condition de fond, constituée par des difficultés avérées et insurmontables pouvant conduire à la cessation des paiements; […]
Attendu que l'exercice d'une procédure pouvant conduire à l'exigibilité anticipée des créances obligataires placerait la société dans des difficultés devant logiquement aboutir à la cessation des paiements;
Attendu que l'absence à ce jour de procédure rétorsive initiée à son encontre ne diminue en rien le risque de voir se concrétiser la menace d'une action hostile;
Attendu qu'au contraire, des rumeurs insistantes en laissent présager l'imminence;
Attendu que la demande sera déclarée fondée;
Attendu que le but de la présente procédure de sauvegarde étant notamment de permettre à une société de disposer du temps nécessaire à la réussite de sa restructuration financière, il serait incohérent que la situation des sociétés filiales se trouvant tant en Pologne Que sur le territoire français mais hors du ressort de la juridiction de céans soit traitée de manière séparée et dissociée; que seule l'ouverture d'une procédure de sauvegarde de droit fiançais permettra d'élaborer un Plan viable et cohérent pour le groupe et l'ensemble de ses entité;
Attendu qu'il y a lieu de constater que la SA Belvédère n'a pas bénéficié d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation dans les 18 mois précédant sa demande;[…]
PAR CES MOTIFS:
[...]
Ouvre une procédure de sauvegarde au bénéfice de: Belvédère (SA) [...];
M. Dufouleur, prés; MM. Bernard, Labet, juges

[97] Nel caso di cui alla nt. prec. Si evidenza il rischio di un'azione ostile che puo' derivare da una richiesta di pagamento anticipata da parte di una minoranza di creditori, che potrebbe compromettere la risoluzione della crisi, conducendo la società in uno stato di cessazione dei pagamenti.

da parte di creditori, e non fosse elaborato ed attuato un *plan viable et cohérent pour le groupe et l'ensemble de ses entité.*

Prima della liquidazione giudiziaria, la legge consente[98] all'imprenditore di accedere ad un'altra procedura, che è il "risanamento giudiziario", che entra in gioco nel caso in cui l'impresa abbia cessato di adempiere alle proprie obbligazioni, versando in uno stato in cui è impossibile fronteggiare il passivo esigibile con l'attivo disponibile: anche questa procedura prevede la preparazione di un piano.

Al momento dell'autorizzazione all'apertura della procedura viene designato un amministratore giudiziario che può assistere l'imprenditore nell'esecuzione del piano stesso, dopo aver predisposto una relazione che illustri le reali possibilità di risanamento dell'impresa.

In Francia, dunque, la figura dell'esperto chiamato a verificare la fattibilità di un piano di risanamento, viene nominato dal Tribunale e assume un ruolo anche nell'amministrazione stessa dell'impresa durante l'esecuzione del piano di risanamento.

[98] *Rectius* obbliga, poiche' il debitore deve fare richiesta al tribunale entro 45 dalla cessazione di pagamenti.

Se poi il risanamento non è perseguibile, l'impresa è infine sottoposta alla liquidazione giudiziaria.

Il tratto distintivo, quindi, di tutta la normativa francese sta nell'accento posto, sin dalla prima riforma del 1985, sulla finalità della continuazione dell'impresa, poi confermata, ed anzi rafforzata con i correttivi entrati in vigore nel 2006.

2.4. *Insolvenzordnung*: la procedura unitaria e l'*Insolvenzplan*

Il primo gennaio 1999 è entrata in vigore la Insolvenzordung, cioè la legge tedesca sull'insolvenza promulgata nel 1994, in sostituzione della legislazione in materia precedentemente in vigore, più precisamente della Konkursordnung, cioè la legge fallimentare del 1877 e la Vergleichsordnung, cioè la legge sul concordato preventivo, del 1935.

La caratteristica principale della nuova disciplina tedesca ripercorre la tendenza accolta anche dal legislatore francese del 1985 prevedendo un'unica procedura di

regolazione dell'insolvenza, modulata poi in base allo stadio di crisi dell'impresa.

Presupposto oggettivo di accesso alla procedura è non solo l'insolvenza e lo sbilancio patrimoniale, ma anche il rischio di insolvenza[99].

Distinguere tra i diversi tipi di presupposti è utile solo a chiarire quale soggetto sia legittimato di volta in volta a richiedere l'apertura della procedura fallimentare: nel caso di rischio di insolvenza, in particolare, solo il debitore può richiederla, mentre nel caso di sbilancio patrimoniale (che è il presupposto concernente le persone giuridiche) vi è un vero e proprio obbligo di chiedere l'apertura del procedimento a carico dell'organo amministrativo di un'associazione, di una fondazione, di una persona giuridica di diritto pubblico.

A differenza dei sistemi anglosassoni, guidati dal *favor debitoris*, nella disciplina concorsuale tedesca la finalità è individuata nel soddisfacimento dei creditori[100], che poi questo

[99] La legge tedesca parla di *drohende Zahlungsunfahigkei*, cioè "incombente incapacità di adempiere".

[100] Cfr. InsO Art. 1 "*Finalità della procedura di insolvenza. La procedura di insolvenza è diretta a soddisfare i creditori attraverso la liquidazione del patrimonio del debitore e la ripartizione del ricavato, ovvero attraverso una differente disciplina predisposta in un piano di regolazione dell'insolvenza in particolare per la conservazione dell'impresa*".

avvenga con la normale liquidazione dell'attivo e la sua ripartizione, o piuttosto con un piano di regolazione dell'insolvenza, è secondario.

In linea con le riforme che hanno interessato la disciplina fallimentare in più Paesi, anche in Germania vengono comunque lasciati ampi margini all'autonomia delle parti.

D'altra parte anche in Germania, forte è stata l'istanza di una riforma che potesse superare i problemi derivanti da una legislazione inadeguata in materia[101].

L'InsO infatti si apre con la disciplina generale, ma all'art.217 introduce il cd. *Insolvenzplan*, e cioè il piano di regolazione dell'insolvenza, che può essere presentato dal curatore, dietro mandato dell'assemblea dei creditori, o dal debitore, e che può avere ad oggetto il pagamento dei creditori con diritto al soddisfacimento preferenziale e dei creditori concorsuali, la liquidazione dell'attivo e la sua ripartizione,

[101] Cfr. Guglielmucci, La legge tedesca sull'insolvenza (Insolvenzordnung), Quaderni di giurisprudenza commerciale, 2000, dove a pag.6 si legge "*le scarse prospettive di soddisfacimento dei creditori attraverso la liquidazione del patrimonio del debitore avevano indotto, già in tempi ormai remoti, a parlare di "fallimento del fallimento" (Konkurs des Konkurses)*". Vedasi anche Kilger, Der Konkurs des Konkurses, in KTS, Konkurs-Treuhand und Schieds gerichtswesen, 1975, p.140 e ss.

nonché la responsabilità del debitore dopo la cessazione della procedura, in deroga alle disposizioni della legge.

L'Insolvenzplan si atteggia, per certi versi, in modo originale rispetto alle discipline contenute negli altri paesi, in materia di piani di ristrutturazione, di risanamento, di risoluzione della crisi, anche solo per il fatto di inserirsi in una procedura unitaria fallimentare, non come alternativa alla liquidazione, ma come alternativa alla modalità di gestione di una procedura volta al soddisfacimento dei creditori, che avvenga essa attraverso la liquidazione dell'impresa o con il suo salvataggio.

In ogni caso è prevista la suddivisione del piano in due parti, una descrittiva, destinata ad informare le parti e descrivere le misure adottate, una normativa, che serve a stabilire le ripercussioni che esso avrà sui partecipanti alla procedura.

Una volta elaborato, l'Insolvenzplan viene sottoposto ad una verifica preliminare del Tribunale, per evitare che le parti lavorino su un piano illecito o privo di possibilità di successo e che ritarderebbe la procedura fallimentare. Se l'esame preliminare del Tribunale ha esito positivo il Tribunale

fallimentare trasmette il piano ai soggetti interessati, e cioè, al comitato dei creditori, se costituito, al consiglio di azienda e al comitato dei dirigenti, al debitore, se il piano è stato presentato dal curatore, oppure al curatore, se il piano è stato presentato dal debitore. Contestualmente il giudice fissa un termine per la presentazione del relativo parere (art. 232 InsO). Inoltre fissa e pubblica la data dell'udienza di discussione e di votazione cui sono invitati a comparire i creditori del fallimento che hanno dichiarato i loro crediti, i creditori con diritto a trattamento preferenziale, il curatore fallimentare, il fallito e il consiglio aziendale (art. 235, comma 3 InsO). Le parti presenti all'udienza possono esprimere il loro avviso sulle disposizioni del concordato che verrà successivamente approvato dai creditori (artt. 243-246 InsO). Il fallito deve approvare in linea di massima il concordato, il suo rifiuto è ad ogni modo privo di importanza se il piano non peggiora la sua situazione e se nessuno dei creditori risulta soddisfatto con una somma superiore all'ammontare del suo credito (art. 247, comma 2 InsO).

Una volta approvato dai creditori con la maggioranza richiesta, esso è trasmesso per l'approvazione al giudice fallimentare (art. 248 comma 1 InsO)[102].

L'intervento in questa fase dell' Insolvenzgericht si può accostare analogicamente all'omologazione degli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis della nostra legge fallimentare[103], pur con una differenza di non poco rilievo.

L'aver inserito anche questo eventuale momento di autonomia privata nell'ambito di una procedura unitaria ha un riflesso che non è stato previsto espressamente anche nel nostro ordinamento, che concerne il momento della revocatoria.

Ciò perchè sebbene l'Insolvenzplan sia una procedura dalle spiccata autonomia privata, in ogni caso rientra in una procedura unitaria, questo comporta l'applicazione delle

[102] Bork, *Einfürung in das neue Insolvenzrecht*, Tübingen, 1995; Flessner, in *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*4, Heidelberg, 2006, *sub* 248, p. 1121; Sinz, in *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, hrsg. von Kirchhof, Lwowski und Stürner, Band 2, München, 2002, *sub* 248, p.1772

[103] E' bene precisare che nell'ordinamento tedesco non si rinviene alcun istituto esclusivamente stragiudiziale, accostabile al piano attestato di risanamento.

norme relative agli effetti della sua apertura, comprese quelle relative alla revocatoria[104].

Come si dirà in seguito secondo le previsione della riforma fallimentare italiana, il regime della revocatoria può incontrare qualche difficoltà circa il momento a partire dal quale possono essere considerati revocabili gli atti del debitore. Infatti qualora questi decida di adottare una procedura di risoluzione stragiudiziale della crisi, non può darsi per scontato che il salvataggio dell'impresa vada a buon fine.

Ci si è domandati allora qualora, nonostante il debitore abbia utilizzato gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l.f., o un piano di risanamento ex art. 67 co.3 lett. d), l'impresa fallisse, a partire da quale momento dovrebbero considerarsi revocabili gli atti del debitore stesso, se cioè debba essere preso il considerazione il momento della dichiarazione di fallimento, o piuttosto il momento in cui il debitore, accortosi

[104] Cfr. Art. 129 InsO e ss. Cfr. Guglielmucci, La legge tedesca sull'insolvenza (Insolvenzordnung) del 5 ottobre 1994, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, n.204, p.105, dove in nt l'autore specifica che nel tradurre la legge tedesca "*si è preferita l'espressione revocatoria concorsuale a quella, a noi più familiare di revocatoria fallimentare, poichè il rimedio è esperibile nell'ambito dell'unitaria procedura concorsuale, anche quando l'amministrazione del patrimonio è lasciata al debitore*"

della difficoltà della sua impresa abbia provato a superare la crisi con un'altra procedura.

Nel diritto fallimentare tedesco questo problema è superato facilmente: il momento da prendere in considerazione è quello dell'apertura della procedura unitaria. Non rileva in tal senso che la procedura prosegua con la normale liquidazione prevista dalla legge, o, diversamente, secondo l'Insolvenzplan.

Il legislatore tedesco ha accolto poi, come vedremo anche quello italiano, la tendenza al superamento della concezione della *par condicio creditorum*, intesa in senso tradizionalmente assoluto, come si è rilevato anche nell'ordinamento statunitense.

Si è detto che, in quest'ultimo, con il Chapter 11 si disciplina la possibilità di suddividere i creditori in classi, formate in base a caratteri comuni tra i crediti vantati, così da differenziarne il trattamento.

Lo stesso viene accolto anche nell'InsO, in cui il principio della *par condicio creditorum* viene applicato solo ai creditori appartenenti alla stessa classe.

E come si vedrà la suddivisione in classi è stata introdotta anche nel nostro concordato.

2.5. Spunti e modelli stranieri: tirando le somme

Alla luce di quanto descritto dianzi, è possibile porre in essere una più generale riflessione sui riflessi che le riforme legislative fallimentari straniere hanno avuto sul legislatore italiano.

Si è già avuto modo di ricordare che nella relazione illustrativa del decreto legislativo di riforma delle procedure concorsuali ci si è espressamente richiamati all'esigenza di adeguare la normativa italiana alle nuove tendenze oramai comuni ai principali Stati dell'Unione Europea, che vertono principalmente sull'intento di "privatizzare" al massimo la risoluzione della crisi di impresa, favorendo il più possibile il momento negoziale tra debitore e creditori.

Non è difficile scorgere nella lettera della legge il pregio dell'avvenuta acquisizione di questa tendenza.

Ma resta il difetto di un legislatore che, più o meno scientemente, ha portato istituti e discipline rinvenuti qua e là nelle legislazioni d'oltralpe e d'oltreoceano, in maniera distratta e disorganica, senza cercare di coordinarle fino in fondo con le tipicità del nostro sistema.

La madre di tutte le riforme resta quella che ha introdotto il Chapter 11, aprendo la strada alla riorganizzazione dell'impresa.

A seguire la legge francese emanata nel 1985 e poi riformata nel 1994, prima e nel 2005, poi; l'Insolvency Act inglese del 1986, corretto con l'Enterprise Act del 2002; e l'Insolvenzordnung che risale al 1994, ma che entrata in vigore 5 anni più tardi.

CAPITOLO 3

"Il piano attestato di risanamento"

3.1. Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione.

In linea con una diversa visione della crisi di impresa, nell'ottica di una sempre maggiore "privatizzazione" di essa, la riforma del 2005 e il suo correttivo del 2007 hanno modificato la disciplina relativa al vecchio concordato preventivo, introducendo, inoltre, il nuovo istituto degli accordi di ristrutturazione[105], accanto ad esso[106], e prevedendo

[105] E' del tutto evidente l'influenza del Chapter 11 nella nuova disciplina delle soluzioni concordate di impresa, basti pensare ad analogie come la suddivisione dei creditori in classi, o la piena disponibilità dell'iniziativa delle procedure in capo all'imprenditore. Tra le differenze più rilevanti si segnala l'esistenza nella disciplina italiana di un presupposto oggettivo, e cioè stato di crisi con o senza insolvenza, e l'assenza del meccanismo di cd. Cram down, in un primo momento accolto, ma poi tagliato via dal correttivo della riforma.

[106] Non è certamente questa la sede per approfondire il dibattito, sorto all'indomani della riforma, se gli accordi di ristrutturazione debbano essere considerati un istituto distinto e autonomo rispetto al concordato preventivo, benchè analogo, o se tra i due sorge un rapporto di species a genus, ponendosi gli accordi di ristrutturazione in una posizione ancillare rispetto al concordato. Senza addentrarsi troppo nel contrasto, è bene sottolineare che la maggior parte degli studiosi propende per la prima tesi, a favore della separatezza tra i due istituti. Cfr. G.Presti, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in La riforma della legge fallimentare, (a cura di) Ambrosini, Bologna, 2006, p. 384 e ss.; Roppo V., Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti di impresa), in Dir. Fall., 2008, 3-4, p.564 e ss.; Presti

inoltre il cd. piano attestato di risanamento, ossia una soluzione interamente stragiudiziale della crisi, attraverso la stesura di un programma completamente privatistico di risanamento, attestato da un esperto, con risvolti solo eventuali, nel caso, cioè, di suo insuccesso, e conseguente fallimento dell'impresa.

Su quest'ultimo argomento il legislatore è stato piuttosto parco: non ne viene infatti affrontata in modo puntuale la

---

G., L'articolo 182-bis al primo vaglio giurisprudenziale, nota a Tribunale Bari, 21 novembre 2005, in Fall., 2006, p.171; Giannelli G., Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni, in Dir. Fall.,2005, p.1170 e ss.; Frascaroli Santi E., Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art.182 bis legge fallim.) e gli effetti per coobbligati e fideiussori del debitore, in Dir. Fall., 2005, p. 857 e ss.; Ambrosini S. e De Marchi P.G., Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Milano, 2005; Ambrosini S., Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni, in Fall. 2005, p. 949; Jorio A., Le soluzioni concordate delle crisi di impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria, Fall., 2005, p. 1457 e ss.; Fauceglia G., Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n.80/2005, in Fall., 2005, p. 1448 e ss.; Canale G., Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione, in Riv. Dir. Proc., 2005, p.918 e ss. Dello stesso orientamento sembra essere anche la giurisprudenza: Trib. Brescia, decr. 22 febbraio 2006, in Fall., 2006, p. 669 e ss.; Trib. Roma, decr. 16 ottobre 2006, Dir. Fall., 2007, p. 187 e ss., Trib. Milano, decr. 11 gennaio 2007, in Dir. Fall., 2008, p.136 e ss.. Contra. Ferro M., I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese tra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva", in Fall, 2005, p.595. Ovviamente riconoscere o meno l'autonomia degli accordi di ristrutturazione rispetto al concordato preventivo non ha uno scopo meramente speculativo, poichè la differenza non è priva di conseguenze. In considerazione della scarna disciplina prevista per la procedura degli accordi di ristrutturazione, riconoscerne una separatezza e una netta distinzione rispetto al concordato ne comporta la non applicabilità ad essa delle disposizioni previste per quest'ultimo neppure in via analogica, essendo norme contenute in una legge speciale e quini non suscettibili di avere efficacia oltre l'alveo normativo che le ha disegnate. (Trib. Milano, decr. 11 gennaio 2007, in Dir. Fall., 2008, p.138.

disciplina, il contenuto e le conseguenze, ma si è preferito introdurlo nella disciplina fallimentare solo incidentalmente nella parte della legge che affronta i casi di esenzione da revocatoria fallimentare. Difatti, nell'art. 67 co.3 lett. d) si legge che "*(non sono soggetti all'azione revocatoria) gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purchè posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza si attestata da un professionista…*".

Sta dunque all'interprete la ricostruzione dell'istituto, anche attraverso lo studio e il confronto con gli istituti affini che, come si è detto, sono stati introdotti o modificati dal legislatore, nell'ambito di un più ampio quadro di privatizzazione delle procedure concorsuali.

Infatti, per ciò che concerne il concordato, sono stati modificati innanzitutto i requisiti di accesso.

Nella relazione illustrativa del decreto legislativo recante la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali si legge che essa "*deve anche ispirarsi ad una*

maggiore sensibilità verso la conservazione delle componenti positive dell'impresa (beni produttivi e valori occupazionali)".

E' a tal uopo che si giustifica, nella riforma, una maggiore duttilità e fruibilità di questi strumenti per l'imprenditore, che può giovarsene non più solo nel caso di insolvenza prima del fallimento, ma adesso anche, più in generale, in caso di crisi.

Nell'ottica di una mutata concezione di impresa, e degli interessi da tutelare, è venuto meno, inoltre, anche il requisito della meritevolezza dell'agire dell'imprenditore come presupposto di accesso al concordato; prima della riforma questo requisito funzionava come vera e propria sanzione per l'imprenditore, impedendogli l'accesso ad una procedura che avrebbe evitato la liquidazione della sua attività commerciale. Col tempo, la concezione stessa di meritevolezza è andata scemando soprattutto ad opera della dottrina e della giurisprudenza[107].

Oggi questa concezione punitiva dell'imprenditore non si concilia più con quella che è l'esigenza primaria del

[107] "*La possibilità di imputare alla persona dell'imprenditore o degli amministratori fatti o atti di gestione inoculati o fraudolenti avrebbe dovuto risultare, quindi, del tutto irrilevante agli effetti dell'ipotesi concordataria*" Lo Cascio, Il concordato preventivo, Milano, 2007, p.156

recupero aziendale, inteso come recupero non di un bene privato del debitore, ma di un più generale bene pubblico, che coinvolge i creditori, e i lavoratori[108], e l'economia in senso lato.

Nel 1942, inoltre, condizione per l' accesso al concordato preventivo era "*lo stato di insolvenza fino a che il fallimento non è dichiarato*"; con la riforma, la legge ha previsto inizialmente un generico stato di crisi. In un secondo momento, è stato aggiunto, all'ultimo comma dell'art. 160 sui presupposti per l'ammissione alla procedura, che "*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*"[109], senza specificare ulteriormente né l'uno, nell'altro[110].

---

[108] Sempre la relazione illustrativa al decreto legislativo di riforma, sulla precedente disciplina dice che "*si ispira ad una finalità essenzialmente liquidatoria dell'impresa insolvente e ad una tutela accentuata dei diritti dei creditori, determinando un completamento spossessamento del patrimonio del debitore che viene posto in una condizione di assoluta incapacità di disporre, anche con effetti extra-concorsuali e di tipo personale, del proprio patrimonio. In tale quadro, la finalità recuperatoria del patrimonio imprenditoriale ha finito per trovare collocazione secondaria rispetto allo scopo sanzionatorio del fallimento*".

[109] Comma aggiunto dall'art.36 del d.l. 30 dicembre 2005 n. 273, conv., con modifiche, in l.23febbraio 2006 n.51.

[110] *"...i casi possibili restano due: o l'insieme dell'insolvenza è del tutto esterno a quello della crisi oppure gli è interno e ne rappresenta un sottoinsieme. [...] prima dell'intervento correttivo: alcuni ritenevano che i due concetti fossero contrapposti e quindi oggi leggono l'ultimo comma come l'introduzione ex novo dell'equipollenza tra due stati diversi ai soli fini del concordato: altri, invece, pensavano che tra crisi e insolvenza vi fosse un rapporto da genere a specie e conseguentemente interpretano la correzione come una mera precisazione dichiarativa di ciò che già era desumibile, in termini generali, dal sistema*", Presti G., Rigore è, op cit., p. 26.

Con tale interpretazione autentica il legislatore ha inteso permettere l'accesso al concordato preventivo, dunque, sia ad una situazione del tutto precedente all'insolvenza, sia ad una fase prodromica di quest'ultima, sia all'insolvenza vera e propria[111].

E' inutile dire che questa *vaga precisazione*, si perdoni l'ossimoro, a nulla serve se non a creare ulteriore difficoltà, poiché è scontato affermare che a seconda del tipo di situazione in cui versa l'imprenditore vi sono delle conseguenze diverse, la liquidazione da un lato, il possibile salvataggio dall'altro.

Concedere il concordato preventivo pure in una situazione che prevederebbe la procedura fallimentare non ha molto senso: d'altra parte se vi è possibilità di salvataggio, non si vede per quale motivo, anche considerando la mutata visione socio-economica del bene impresa, si dovrebbe optare per il fallimento. Al contrario qualora la strada del fallimento dovesse essere l'unica percorribile, dare spazio al concordato preventivo è opzione priva di senso.

[111] Su crisi e insolvenza: Trib. Milano 7 novembre 2006, in Fallimento 2006, p.51; Trib. Pescara 20 ottobre 2005, ivi 2006, p.56; Trib. Treviso 15 luglio 2005, ivi 2006, p.63; Trib. Sulmona 14 luglio 2005, ivi 2005, p.793

In tal caso, innanzitutto, si perde quella connotazione anticipatoria tipica dell'istituto, ma nemmeno vale a giustificare la maggiore rapidità del concordato, sia perché la prassi ha dimostrato non essere così, e poi perché non si vede per quale motivo prevedere un nuovo istituto applicabile alle stesse condizioni del fallimento, quando ben potrebbero essere sperimentate soluzioni piu' rapide interne allo stesso fallimento.

Anzi, in una simile prospettiva il concordato finirebbe per essere non tanto uno strumento a favore del salvataggio dell'impresa, quanto un'arma nella mani dell'imprenditore che, se adoperata in modo moralmente scorretto, favorirebbe la violazione delle norme a tutela dei creditori; basti pensare all'eventualità in cui l'imprenditore, ben consapevole di una situazione irreversibile, invochi il concordato preventivo, anche solo ai fini di favorire alcuni creditori, salvi dalla revocatoria, in vista di un sicuro fallimento, o peggio al fine di danneggiare altri creditori.

Vero è che baluardo contro eventuali arbitri in tal senso da parte dell'imprenditore dovrebbe essere, prima ancora che il tribunale, l'esperto chiamato ad attestare la veridicità dei

documenti aziendali e la realizzabilità del concordato: ma è anche da dire che se da un lato il legislatore si premura di dare sulla carta un ruolo così determinante all'esperto, dall'altro dimentica di specificare le conseguenze e le responsabilità derivanti da un contegno non professionale, svuotandone di fatto la sostanza, e lasciando agli interpreti l'arduo compito di trovare una soluzione adeguata[112].

Inoltre, il concordato, è bene ricordarlo, è a disposizione solo del debitore e non dei creditori, poiché solo il primo ha la concreta possibilità di conoscere dello stato di crisi della sua impresa. Pertanto non potrebbe giustificarsi la sua esistenza del tutto alternativa al fallimento, come maggiore strumento di tutela per i creditori, spesso penalizzati dalla liquidazione concorsuale: questo potrebbe affermarsi solo qualora si desse agli stessi creditori la possibilità di proporlo, ovverossia, di scegliere da sé se far valere i propri diritti utilizzando lo strumento del fallimento o piuttosto del concordato preventivo.

E' lecito chiedersi, peraltro, quale sia la sorte dell'impresa che ha provato a fare ricorso al concordato

[112] Sulla responsabilità dell'esperto si dirà dopo. Per ora è bene sottolineare che il legislatore sull'argomento, tra i vari rinvii, sancisce l'applicabilità delle disposizioni del codice penale relative ai periti.

preventivo, senza però ricevere l'omologazione da parte del tribunale.

Secondo la normativa previgente l'inammissibilità della domanda di concordato avrebbe comportato la dichiarazione di fallimento di ufficio, passaggio che, com'è noto, attualmente il giudice non può più compiere.

Il correttivo del 2007, però, ha aggiunto un comma all'art. 161, prescrivendo la comunicazione della domanda di concordato al pubblico ministero, che risulta essere tuttora legittimato a richiedere il fallimento.

Secondo la normativa attualmente in vigore, quindi, il tribunale che ritenga non attuabile il piano del concordato può chiedere in prima battuta delle integrazioni di esso, e in un secondo momento, sentito il debitore, deve dichiarare definitivamente inammissibile il concordato, se tale lo ritiene.

A questo punto su istanza di un creditore o su richiesta del P.M. può essere dichiarato il fallimento.

Ciò che occorrerebbe approfondire è il ruolo che ha il giudice in questa fase, e il tipo di controllo[113] che è chiamato a compiere sul piano che gli viene presentato[114].

Ci si chiede, in particolare, se possa essere correttamente accettata una verifica nel merito dell'ammissibilità del programma di concordato[115] da parte del giudice; e nel caso ci si chiede se questi, in buona sostanza, abbia le competenze reali per conoscere della bontà di un piano di ristrutturazione[116]. Vero è che il giudice potrebbe sempre

[113] La giurisprudenza, appoggiata anche da una parte della dottrina, reputa che il controllo in sede di omologazione non deve limitarsi alla mera constatazione asettica dell'intervenuta approvazione del piano, ma deva anche valutare il merito del ricorso e soffermarsi sulla concreta attuabilità del piano intesa come il rispetto coerente degli accordi prospettati sulla base delle concrete prospettive di realizzo, basandosi su un ragionevole grado di monetizzazione, con particolare attenzione alla posizione dei creditori estranei all'accordo. Ex multiis, Trib. Bari, 21 novembre 2005, in Dir. Fall., 2006, p.542 e ss.; Trib. Milano, 11 gennaio 2007, Dir. Fall., 2008, p. 136 e ss.; in dottrina: Ambrosini, Gli accordi di ristrutturazione, op. cit.,, p. 2540 e ss., Presti G., Gli accordi di ristrutturazione, op.cit., p. 36 e ss.; Caiafa A., Accordi di ristrutturazione dei debiti: natura giuridica e giudizio di omologazione, in Dir. Fall., 2006, p. 547 e ss.

[114] E' inutile sottolineare che lo stesso ragionamento è da farsi nel caso dell'omologazione degli accordi di ristrutturazione, come verrà approfondito dopo.

[115] Si rinvia a quanto si dirà *infra* sull'attestazione preliminare ad opera degli esperti.

[116] In Francia, come si è avuto modo già di dire, esiste il *Tribunal de Commerce*, che giudica di tutte le controversie di natura commerciale ed è l'organo giudiziario competente anche in materia di procedure concorsuali. Esso è composto da un presidente e giudici non professionisti in numero variabile. I giudici sono eletti con un mandato di 2 o 4 anni, dai rappresentanti dei commercianti e degli industriali. E' facile immaginare che con un sistema siffatto coloro che sono chiamati a giudicare su controversie di natura commerciale abbiano la dovuta competenza.

disporre di una consulenza tecnica, a tal uopo, ma questa finirebbe certamente col prolungare i tempi e appesantire la procedura, frustrandone così una delle *ratio* principali[117].

Diversamente, se il suo fosse un controllo meramente formale, *nulla quaestio*. In questo caso, alla richiesta eventualmente inevasa di ulteriori precisazioni, la dichiarazione di inammissibilità sarebbe corretta, così come corretta sarebbe la soluzione di una dichiarazione di fallimento, in un certo senso eventuale, poiché comunque subordinata alla richiesta del creditore o del P.M., e in ogni caso sottoposta all'ulteriore vaglio dell'applicabilità degli artt. 1 e 5 della legge fallimentare, ovverossia dei presupposti soggettivo e oggettivo alla dichiarazione di fallimento.

In realtà percorrere l'una o l'altra via, ovvero quella del controllo di merito o di legittimità, è una scelta demandata del tutto all'interprete[118]; allo stato attuale la dottrina continua ad

[117] Nella relazione allo schema del decreto legislativo di riforma si legge tra gli intenti che "*con la conferita delega, il legislatore ha inteso allinearsi agli altri Stati membri dell'Unione europea ed introdurre una nuova disciplina concorsuale per la regolamentazione dell'insolvenza che* ***semplifichi*** *le procedure attualmente esistenti e* ***sopperisca in modo agile e spedito alla conservazione dell'impresa*** *e alla tutela dei creditori*"

[118] "*In tale procedimento, secondo le attuali tendenze, avrebbe dovuto essere privilegiato esclusivamente il dialogo e l'accordo del debitore con i creditori, ma risultano inseriti ugualmente elementi giurisidzionali contenziosi, determinando numerosi dubbi di costituzionalità sulle quali l'evoluzione*

oscillare tra chi, sottolineando la voluta connotazione fortemente privatistica del concordato preventivo, vorrebbe vedere ridotta quasi del tutto la funzione del giudice, che dovrebbe avere un ruolo quasi esclusivamente notarile, e chi ritiene che per una maggiore tutela di tutta la procedura è giusto che il giudice mantenga un controllo più profondo.

Tra le due opzioni, ci sono le vie di mezzo, tra cui quella di immaginare un controllo in prima battuta solo formale da parte del giudice (in termini di sufficiente informazione per i creditori, o esatto calcolo matematico delle maggioranze richieste), per poi consentire di entrare nel merito solo quando e se qualche creditore depositi un'opposizione.

Nulla la legge dice, invece, nel caso delle conseguenze derivanti dalla mancata omologazione del Tribunale di un accordo di ristrutturazione ex art.182 bis[119]; né si rinviene una norma analoga a quella del concordato preventivo che

interpretativa che seguirà potrà darci ragione", così Lo Cascio G., Il concordato preventivo, Milano, 2007, p. 760-761. Inoltre, sull'argomento, Bozza, L'omologazione della proposta (i limiti alla valutazione del giudice), in Fall., 2006, p.1067 e ss.; Pagni, Il procedimento di omologa (profili processuali), in Fall., 2006, p. 1074 e ss.; Id., L'accentuazione privatistica del concordato preventivo e i riflessi sul giudizio di omologazione in nota a Trib., Torino 17 novembre 2005, Trib. Milano 7 novembre 2005, Trib. Pescara 21 ottobre 2005, Trib. Treviso 22 luglio 2005, in Foro it., 2006, I, p. 913.

[119] A parte prevederne la reclamabilità presso la Corte d'Appello, ex art. 182bis u.c.

contempla il coinvolgimento del P.M. Poiché come si è detto si è oramai consolidata maggiormente la visione dottrinaria che tiene distinti tra loro i due istituti, l'applicazione analogica di formalità e procedure previste per il concordato preventivo non può essere trasposta nell'ambito degli accordi di ristrutturazione.

Ma ciò che hanno in comune il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione è sicuramente il fulcro che ruota in entrambi i casi intorno al momento dell'accordo tra il debitore imprenditore e i suoi creditori, sul quale il Tribunale apporta un controllo per lo più formale, sul rispetto delle regole previste dalla legge, più che di merito[120].

Il ruolo del giudice diventa quello di garantire che i creditori abbiano una completa ed adeguata informazione.

Si tratta, dunque, di istituti che si avvicinano maggiormente ad una concezione privatistica di risoluzione

[120] All'indomani del correttivo della riforma sembrerebbe confermato che l'intervento dell'autorità giudiziaria avrebbe una valenza solo formale; prima infatti si prevedeva, come si è già accennato, il cd. *cram down*, e cioè la possibilità per il tribunale in sede di approvazione del concordato preventivo di bypassare il dissenso di una o più classi di creditori qualora avesse ritenuto che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti avrebbero potuto risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. Vi era infatti chi riconosceva in questa disposizione spazi di valutazione. Oggi che essa non è più in vigore appare difficile giustificare l'esistenza di giudizi di merito del Tribunale.

della crisi[121], confermando la tendenziale accentuazione di quello che è stato definito il processo di "disintermediazione giudiziaria"[122].

In entrambe le procedure, sebbene l'iniziativa resti esclusivamente nelle mani dell'imprenditore, è comunque richiesto il raggiungimento di una maggioranza qualificata che approvi il piano presentato in Tribunale, nel caso del concordato preventivo, o che accetti l'accordo proposto preliminarmente in via stragiudiziale, nel caso di un accordo di ristrutturazione.

Una delle critiche che è stata sollevata agli accordi di ristrutturazione sta proprio nella difficoltà di raccogliere la percentuale di consensi richiesti, che risulta abbastanza elevata (il 60% dell'ammontare dei crediti), senza che questa operazione diventi di pubblico dominio, provocando conseguenze nel mercato, in termini di perdita di fiducia nei confronti dell'impresa in crisi, e nei creditori non coinvolti

[121] "*Se quindi con la vecchia disciplina l'attività maggiore del magistrato si sviluppava a valle del consenso espresso dai creditori, oggi essa si svolge a monte con la verifica della completezza e della regolarità della documentazione presentata dall'imprenditore*" Jorio A., prefazione a Ambrosini S. e Demarchi P.G., Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Milano, 2005. pag. X

[122] v. Roppo V., Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti di impresa), in Dir. Fall., 2008, p.568.

negli accordi che potrebbero allarmarsi, scegliendo la strada delle autonome iniziative[123].

Una differenza importante tra le due procedure che si rinviene nella legge sta nella scelta di indicare solo per il caso del concordato preventivo in maniera analitica, tutta la documentazione che l'imprenditore è chiamata a depositare al momento della presentazione del ricorso, insieme al piano. Tra i vari documenti richiesti (come ad esempio l'elenco delle attività, dei nominativi dei creditori, etc), vi è anche una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, che evidentemente ha la funzione di sostituire la originaria previsione della riforma, nella quale si richiedeva al debitore di esporre "*le cause che hanno determinato la sua insolvenza e le ragioni della proposta di concordato*".

L'abolizione di quest'ultima previsione è lo specchio del già descritto modo di concepire oggi la vita dell'impresa, ben potendo essa attraversare periodi di altalene economico-finanziarie, dovute anche a problemi che non dipendono dalla

[123] Le medesime critiche sono state opposte anche al Chapter 11, *supra*. Ma nel caso della *reorganization*, come pure si è detto, proprio per questo motivo può essere concessa *l'automatic stay* anche per la fase delle trattative.

gestione dell'impresa stessa. Il dover indicare "*le cause che hanno determinato l'insolvenza*" poteva essere visto piuttosto come un *mea culpa* sulla gestione dell'imprenditore, figlio di quella concezione oramai passata delle procedure concorsuali, ancorata ad un giudizio morale sul debitore.

Anche se, secondo alcuni, il non aver previsto esplicitamente che il debitore indicasse le cause della crisi non dipende dal fatto che la concessione del concordato non dipenda più da una valutazione di meritevolezza sull'operato dell'imprenditore, quanto piuttosto dal fatto che la relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, come richiesta dall'art. 161 co.2 lett.a), è scontato che contenga un *excursus* storico dell'andamento dell'azienda[124].

L'art. 161 al penultimo comma prevede inoltre che la proposta di concordato sia accompagnata da una relazione di un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.

[124] Anche i creditori, per votare con più consapevolezza la proposta di concordato, dovrebbero conoscere la storia economica dell'impresa come si legge in Grossi V., la riforma della legge fallimentare, Giuffrè, 2005, p.145

L'attestazione del professionista è prevista anche dall'art. 182bis per gli accordi di ristrutturazione, con la differenza che in quest'ultimo caso il professionista non è chiamato a controllare la veridicità dei dati aziendali, ma solo l'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei[125].

In entrambi i casi, si è detto, è previsto l'intervento del Tribunale: nel concordato preventivo è chiamato innanzitutto ad approvare il ricorso, e poi successivamente ad omologare la procedura, dopo la votazione dei creditori. Negli accordi di ristrutturazione il Tribunale omologa prendendo atto del già avvenuto accordo tra l'imprenditore e i suoi creditori che rappresentino almeno il 60% dell'ammontare dei crediti.

La proposta di concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione non sono privi di efficacia in attesa dell'intervento dell'autorità giudiziaria: in entrambi i casi ai

[125] Nell'art. 161 co.3 si legge che "*Il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 co.3 lett. D), che attesti* ***la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo***". Differentemente nell'art. 182 bis co.1, sugli accordi di ristrutturazione dei debiti, si legge che "*...unitamente ad una relazione redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 co.3 lett. D)* ***sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei***".

creditori tutti viene impedito di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore, nel concordato a partire dalla data di presentazione del ricorso, negli accordi di ristrutturazione a far capo dalla data di pubblicazione di esso nel registro delle imprese.

Anche se non viene altrimenti specificato dal legislatore, appare corretto ritenere che la data da tener presente ai fini dell'individuazione degli atti esecutivi delle suddette procedure da considerarsi esenti da revocatoria coincida con quella presa in considerazione per la sospensione delle azioni individuali dei creditori, anziché con il momento dell'omologazione del tribunale.

Resta il dubbio già espresso nel capitolo precedente, se, qualora nonostante il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione l'impresa ugualmente fallisse, la data da prendersi in considerazione ai fini del periodo sospetto che rende revocabili gli atti e i pagamenti debba essere comunque quella della dichiarazione di fallimento, o se debba retrodatarsi al momento dell'adozione di una delle suddette procedure[126].

[126] Si è detto nel capitolo precedente che il problema non sorge nell'ordinamento tedesco, nel quale il legislatore ha optato per una procedura unitaria, che poi si può dipanare in un piano di risanamento, una liquidazione, o

L'applicazione di quest'ultima regola potrebbe funzionare da deterrente per l'imprenditore che, pur consapevole di uno stato di crisi irreversibile, tenti la via della ricomposizione stragiudiziale per prolungare l'agonia in vista della inevitabile fine.

Quanto alla forma, il legislatore non prescrive nulla, ma si ricava dal tenore letterale della legge che si necessita la forma scritta, sia perché si parla di documentazione, sia perché si prevede la pubblicazione presso il registro delle imprese, sia perché il piano deve contenere anche la relazione del professionista, che è ovviamente un documento scritto.

La relazione del professionista deve attestare la veridicità dei dati contenuti negli allegati, poiché da essa dipende l'esito della procedura. Ovviamente non può pretendersi una verifica puntuale di tutti i dati contenuti negli allegati presentati dal debitore, che soprattutto nel caso di imprese di grandi dimensioni comporterebbe un aggravio di

altro. In ogni caso, poichè la procedura nasce come unitaria, si applicano le stesse regole, e dunque la data a far capo della quale vengono fatte valere le regole sulla revocatoria coincide con l'apertura della procedura, indipendentemente dalla strada applicativa che poi prende. Cfr art. 128 InsO e ss.

tempo e spesa che farebbe venir meno la stessa funzione e utilità del concordato.

Allo stesso tempo non può ritenersi sufficiente un semplice controllo a campione[127].

Inoltre la relazione deve contenere una valutazione sulla fattibilità del piano di concordato. Poiché il concordato ha un contenuto altamente discrezionale, si ritiene che il controllo del professionista deve avvenire attraverso una congettura prognostica[128], secondo la propria professionalita', perizia e esperienza, di salvataggio.

Trattandosi di una "relazione" in essa vi devono essere delle argomentate valutazioni per le quali egli, sotto la propria responsabilità, ritiene che il piano abbia una fondata probabilità di riuscita.

Non si ritiene che nonostante il suo ruolo il professionista possa essere qualificato come pubblico ufficiale, sia perché, come si è detto, non si dubita della nomina di parte, né vi è alcun riferimento normativo nel senso della sua

[127] Sul particolare tipo di controllo che dovrebbe richiedersi all'esperto ex art. 161, in sede di verificazione sulla veridicità dei dati aziendali deve farsi ricorso anche alla dottrina economico-aziendale, v.*infra*

[128] Ferro, I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese tra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva, in Fall., 5/2005, p.591

funzione pubblica; infine, quella del professionista è un'asseverazione che deve dare conto in modo argomentativo della proposta e della documentazione allegata, ma non ha alcuna funzione di garanzia assoluta circa la correttezza formale o sostanziale.

La giustificazione della relazione sta nella esigenza che non vengano proposti concordati che siano palesemente illegittimi o inverosimili.

Ciò non esclude che il professionista sia comunque responsabile per ciò che dichiara, sia in caso di comportamento negligente e imprudente che, a maggior ragione, in caso di comportamento doloso.

Si discute poi della qualificazione della responsabilità del professionista: nessun dubbio si pone in rapporto al debitore, nei confronti dei quali il professionista risponde per responsabilità contrattuale. Diversamente nei confronti dei creditori si discute se risponda di responsabilità contrattuale o extracontrattuale[129].

[129] L'argomento del ruolo dell'esperto professionista e della sua responsabilità sarà approfondito dopo.

3.2. Il piano attestato di risanamento. Profili descrittivi.

Una delle novità della riforma del diritto fallimentare del 2005 è la previsione del cd. piano attestato di risanamento[130]. In realtà sarebbe più corretto affermare che la novità sta nell'aver previsto, per la prima volta nella legge, gli effetti di un piano di risanamento dell'esposizione debitoria di un'impresa, corredato dell'attestazione di un professionista, che non sia andato a buon fine, tanto da costringere all'apertura della procedura fallimentare.

Com'è a tutti noto gli effetti suddetti si riverberano sulla disciplina della revocatoria fallimentare: è in quest'ambito, infatti, che il legislatore palesa l'esistenza di tale strumento, prevedendo all'art. 67 co.3 lett.d) l'esenzione dall'azione

[130] V. Stasi E., I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare, in Fall, 2006, p. 861 e ss.; Grossi M.R., Le soluzioni concordate della crisi: i piani di risanamento, in La Riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina, Bologna, 2006, p. 409 e ss., (a cura di) Ambrosini; Jorio A., Le soluzioni concordate delle crisi di impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria, in Fall., 2005, p.1457 e s.; Roppo V., Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti di impresa), in Dir. Fall., 2008, p.564 e ss. , Giannelli G., Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni., in Dir. Fall., 2005, p. 1156 e ss.;

revocatoria fallimentare di tutti gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purchè posti in essere esecuzione di tale piano.

L'aspetto primario che balza agli occhi è che la mancata previsione di una puntuale disciplina concernente il piano di risanamento fa si' che esso debba essere considerato come uno strumento completamente stragiudiziale, in cui, cioè, l'intervento dell'autorità giudiziaria è solo eventuale, poiché investe solo il caso sfortunato del mancato risanamento e conseguente fallimento, a differenza della prevista omologazione giudiziaria che caratterizza sia il concordato preventivo che gli accordi di ristrutturazione.

Ma è facile individuare delle ulteriori differenze rispetto al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione, con i quali condivide sicuramente la previsione legislativa concernente la esenzione dalla revocatoria fallimentare degli atti esecutivi, nonché l'intento del legislatore di accentuare l'aspetto privatistico delle soluzioni alla crisi d'impresa.

Quanto a quest'ultimo aspetto, in particolare, se da un lato è lapalissiano affermare che la previsione di un siffatto strumento stragiudiziale è riflesso della "privatizzazione" delle

procedure concorsuali, dall'altro è bene sottolineare che in questa fattispecie l'autonomia privata non è escluso che raggiunga l'esasperazione della totale assenza di un necessario momento consensuale.

Può dirsi che il legislatore abbia effettuato la scelta di graduare la necessità del consenso dei creditori a seconda della procedura invocata.

Nel caso del concordato preventivo, tutti i creditori sono chiamati ad esprimere il proprio parere: la partecipazione qui è massima.

Con gli accordi di ristrutturazione può ben succedere che coloro che rappresentano il 40% dell'ammontare dei crediti vengano a conoscenza dell'esistenza di un accordo con gli altri creditori solo dopo che questo sia stato oramai stipulato e pubblicato nel registro delle imprese.

La partecipazione e il consenso dei creditori non è richiesta nemmeno in percentuale minima nel caso della stesura di un piano attestato di risanamento da parte dell'imprenditore: non è escluso, infatti, benché nella prassi improbabile, che i creditori tutti non vengano mai a sapere dell'esistenza di un piano di risanamento, nel caso abbia

sortito l'effetto risanante voluto, o lo vengano a sapere solo quando coinvolti in una procedura concorsuale di fallimento[131].

E' in questo che si rinviene una forte divergenza tra quest'ultimo e gli accordi di ristrutturazione, ai quali si attribuisce una natura necessariamente contrattuale. Nessuno dubita, infatti, che in questo caso si debba parlare di un negozio bilaterale o plurilaterale, a seconda che l'accordo sia preso con uno o più creditori[132], con le conseguenze di cui poi si dirà.

Diversamente vi è chi identifica la natura giuridica del piano di risanamento in un atto unilaterale del debitore, o ancora chi sostiene che il legislatore lo considera come una

[131] *"...il primo punto da mettere in rilievo è che il piano di risanamento ex art. 67, comma 3°, lett. d), l. fall. non costituisce necessariamente un accordo stragiudiziale tra l'imprenditore in difficoltà ed i creditori, né tanto meno presuppone la preventiva accettazione degli stessi e può essere frutto di un'iniziativa unilaterale e non concordata dal debitore*." in Piscitello, Piani di risanamento e posizione delle banche, in Banca borsa tit. Cred., 2007, p. 538

[132] *"L'istituto (è) assimilabile ad un negozio di diritto privato classificabile come contratto bilaterale plurisoggettivo a causa unitaria*", Trib. Milano, 11 gennaio 2007. Ci si è a tal proposito anche chiesti, in assenza di una indicazione normativa a riguardo, se la pluralità delle controparti dell'imprenditore debitore comporta la necessità che l'accordo sia contenuto in un unico documento, o piuttosto se sia possibile depositare tanti accordi separati, purchè sottoscritti, nella totalità, da creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti, ex art. 182bis.

fattispecie di mero fatto[133], e la circostanza che in essa possano confluire eventualmente sia elementi non negoziali, che veri e propri accordi contrattuali bilaterali o plurilaterali, non ne inficia la natura complessivamente non negoziale.

La sua natura non negoziale e la sua struttura tendenzialmente unilaterale pongono il problema della individuazione del momento iniziale del piano stesso, necessario al fine di individuare con precisione gli atti che possano ritenersi esenti da revocatoria.

Per i piani di risanamento non è espressamente richiesta alcuna formalità, diversamente da come si è detto per il concordato preventivo che deve essere presentato in cancelleria e gli accordi di ristrutturazione per i quali si richiede anche il deposito in cancelleria e la pubblicazione nel registro delle imprese.

L'unico atto richiesto al fine dell'esteriorizzazione del piano è l'attestazione da parte dell'esperto.

Sulla figura dell'esperto si avrà modo di ritornare, per ora giova anticipare che essendo richiesti dei particolari

[133] Roppo V., Profili strutturali e funzionali dei contratti <<di salvataggio>> (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), in Dir. Fall., 2008, p. 345 e ss.

requisiti di professionalità per assumere lo status di esperto ex art. 67 co.3 lett. d), non può non ritenersi sufficiente come certa la data apposta da questi sulla sua attestazione di ragionevolezza, perché se è vero che spesso "*fatta la legge, trovato l'inganno*", è pur vero che se esistono determinate regole deontologiche per talune categorie, che costituiscono la *ratio* per cui a queste vengono affidati compiti di responsabilità, non si può non considerare l'inganno come un'eventualità, un'eccezione, rispetto alla regola dell'onestà e del rispetto della propria moralità professionale[134].

Al contrario bisognerebbe ritenere verosimile l'eventualità che un imprenditore dichiarato fallito confezioni *ex post*, con l'avallo di un esperto attestatore disonesto, un piano di risanamento, al fine di favorire un creditore piuttosto che un altro ed evitarsi l'accusa di bancarotta preferenziale.

Ma il piano di risanamento non consiste solo in una rinegoziazione dell'esposizione debitoria: quest'ultima può e deve essere risanata attraverso delle scelte di politica manageriale. Il piano preparato a fallimento dichiarato

[134] Cfr. Trib. Bologna, 15 aprile 2009, in www.ilcaso.it, "*la serietà e la certezza dell'attestazione sono assicurate sufficientemente dal fatto che l'esperto deve essere designato tra i revisori contabili*".

dovrebbe trovare appigli anche nelle scelte strategiche dell'impresa, poste in essere nel periodo precedente.

Considerando, però, che il piano di risanamento involge principalmente i rapporti tra il debitore in difficoltà e gli istituti bancari, potrebbe anche desumersi la data certa dalle comunicazioni intercorse dalle parti.

Né potrebbe affermarsi la necessità di fissare una data certa, con un atto scritto in forma pubblica, o un deposito in cancelleria[135], poiché giova ricordare che nel nostro sistema vige la regola della libertà delle forme: ciò vuol dire che nessuna forma particolare può desumersi e ritenersi obbligatoria, se non venga espressamente prevista dalla legge.

[135] Sebbene nulla impedisca all'imprenditore di farlo, qualora si sentisse maggiormente tutelato. Cfr. Trib. Treviso, 20 aprile 2009, in www.ilcaso.it "*benché la nomina del perito chiamato ad attestare, ai sensi dell'art. 67 co.3 lett.d) l.f., la ragionevolezza del piano di risanamento dell'esposizione debitoria competa all'imprenditore, essa può tuttavia essere delegata al Presidente del Tribunale, in veste vicaria, quando l'imprenditore ritenga utile connotarla di una maggiore "terzietà" ai fini di un più positivo apprezzamento da parte dei creditori, nella prospettiva della credibilità realizzativa del piano stesso*". Potrebbe essere questo un modo per avere anche certezza temporale. Ma ovviamente è inutile sottolineare che una cosa è una scelta discrezionale dell'imprenditore in tal senso, altra cosa è un obbligo legislativamente previsto. D'altra parte la pronuncia citata si pone in netto contrasto con la crescente prassi giurisprudenziale: Trib. Milano, 16 luglio 2008; Trib. Mantova, 31 marzo 2008.

3.3. Il risanamento dell'impresa e la *par condicio creditorum.*

La natura degli accordi diretti al risanamento dell'impresa è necessaria ai fini dei riflessi che da essa derivano sui partecipanti agli accordi stessi, nonché sui terzi che inevitabilmente in caso di fallimento vengono coinvolti; conoscere inoltre a quale disciplina civilistica devono essere sottoposti tali accordi privatistici rileva ai fini delle disposizioni da applicarsi in tema di risoluzione e annullamento.

La questione risale già ai tempi dei "concordati stragiudiziali" sotto la vigenza del codice di commercio[136].

Ad essi veniva attribuita la natura di contratti bilaterali, stipulati, da una parte, dal debitore, dall'altra, dalla totalità dei creditori; con la conseguenza che in caso di inadempimento di uno dei contraenti, l'altro poteva chiedere a scelta l'adempimento o la risoluzione del contratto, come, peraltro,

[136] Rocco, Il concordato nel fallimento e prima del fallimento, Torino, 1902, p. 252; Cuzzeri-Cicu, Del fallimento, in Il codice di Commercio commentato, Torino, 1927, vol IX, p.569; Ottolenghi, nota a Trib. Torino, 4 gennaio 1910, in Foro it., 1910, I, p. 1040.

previsto anche dall'attuale art. 1453 c.c., che riproduce l'art. 1156 del codice del 1865.

La critica principale a questa ricostruzione, valida tuttora alla luce della nuova disciplina fallimentare, è di coloro che non riconoscono nell'accordo stragiudiziale un contratto sinallagmatico: il debitore è l'unico infatti che potrebbe non adempiere alle proprie obbligazioni, non pagando i propri debiti secondo gli accordi pattuiti. Qualora il creditore contravvenisse al suo impegno, ponendo in essere un'azione individuale di esecuzione al fine di chiedere il pagamento dell'obbligazione, non sarebbe tanto invocabile un rimedio di natura sostanziale, come ad esempio la risoluzione, quanto piuttosto sarebbe opponibile un rimedio processuale in via di eccezione[137].

Insito nel contratto a prestazioni corrispettive è il presupposto degli interessi contrapposti tra le diverse parti del contratto stesso[138]; nel caso dei concordati stragiudiziali, invece, è stato ritenuto più corretto sottolineare che accanto

[137] Bonelli, Del fallimento, III, Milano, 1939, p.50; Frascaroli Santi, Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali, in Trattato di diritto commeciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F.Galgano, Padova, 2005, p.262-263.

[138] Secondo l'opinione comune la parte si intende come centro di interessi. Messineo, Il negozio giuridico plurilaterale, Milano, 1927, p.11; Bianca, Diritto Civile, 3, Milano, 2000, p.55.

alla pluralità delle parti, essi sono caratterizzati per l'unicità dello scopo comune, del risultato giuridico, che è il superamento della crisi dell'impresa[139].

Pur senza addentrarsi nel dibattito dottrinario mai sopito in materia di contratti plurilaterali[140], si ritiene comunque che la disciplina applicabile agli accordi stragiudiziali volti al risoluzione della crisi di impresa dipenda anche dalla struttura che essi assumono, in particolare se essi vengano stipulati unitariamente, o se, diversamente, siano costituiti da un fascio di contratti stipulati tra il debitore e ogni singolo creditore separatamente.

In quest'ultima ipotesi, la disciplina da richiamare dipenderà dalla natura del singolo contratto stipulato.

Nel primo caso, invece, sarà applicabile la disciplina in tema di nullità del contratto plurilaterale, ex art. 1420 c.c., proprio perché gli accordi plurilaterali sono diretti al

[139] Cariota Ferrara, Il negozio giuridico nel diritto privato italiano, Napoli, 1948, p.221 e ss.; Auletta, La risoluzione per inadempimento, Milano, 1942, p.17

[140] Cfr. Ex multiis, Ascarelli, Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale, in Foro Lomb., 1932, p. 439; Id., Il contratto plurilaterale, in Studi in tema di contratti, Milano, 1952, p.97; Messineo, Il negozio giuridico plurilaterale, op.cit.; Belvedere, Contratto plurilaterale, in Dig. Discipline priv., Sez. Civ., IV, p.270; Inzitari, Riv. Trim. Dir. E proc. Civ., 1973, p. 476, Bianca, Diritto Civile, op. cit.; Pino, Il contratto con prestazioni corrispettive, Padova, 1963, p.76; Cataudatella, Bilateralità, corrispettività ed onerosità del contratto, in Scritti in onore di Gioacchino Scaduto, I, Padova, 1970, p.223.

conseguimento dello scopo comune, con la conseguenza che la nullità che colpisce il vincolo di una delle parti non importa nullità del contratto, salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze considerarsi essenziale.

Nel caso di specie, l'essenzialità si misura con la realizzabilità dello scopo volto alla eliminazione della insolvenza.

Nel caso degli accordi di ristrutturazione, il venir meno della partecipazione di un creditore che pregiudichi la maggioranza necessaria richiesta dalla legge, rileva nella sua essenzialità.

Ma in questa ipotesi si verte nella fase pre-contrattuale, una volta, infatti, perfezionato l'accordo col debitore, si può affermare che l'insolvenza è superata, poiché i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti dell'impresa si sono impegnati a rinegoziare i propri diritti.

Né, come si è detto, in questo caso, è immaginabile che un creditore aderente ad un accordo di ristrutturazione, adisca poi l'autorità competente mediante un'azione individuale, poiché ciò gli è precluso dalla legge.

Può immaginarsi piuttosto che qualora il creditore sia un soggetto che si sia impegnato non solo a non chiedere per il momento quanto gli spetta, ma anche a fornire nuovi mezzi finanziari, e contravvenga a questo obbligo, in una siffatta ipotesi il suo inadempimento acquisti il connotato dell'essenzialità, poiché il non poter contare su nuova finanza potrebbe far ritornare il pericolo della insolvenza.

In conclusione, poiché il legislatore non ha diversamente precisato, gli accordi per la composizione della crisi saranno inquadrati in base alla interpretazione che sarà data della volontà delle parti, se esse cioè le considerino come un unico atto negoziale plurilaterale o bilaterale, oppure come distinti vincoli da considerarsi collegati, o ancora come dei contratti plurilaterali[141].

Lo stesso ragionamento non può traslarsi in toto nella procedura di cui all'art. 67 co.3 lett. d).

E' stata infatti disconosciuta la natura giuridica negoziale del piano di risanamento: esso viene visto come un

[141] "*Il rinvio a categorie civilistiche apre tuttavia scenari ancora inesplorati (annullabilità degli accordi per vizi della volontà? Quali effetti dal venir meno di uno o più consensi per vizi della volontà, tale da far scendere la percentuale dei consensi sotto la soglia minima della legge?), sui quali il legislatore tace completamente, e che dimostrano la complessità di un istituto solo apparentemente semplice*.", così A.Jorio, Accordi di ristrutturazione e piani di risanamento, in TROVA.

atto unilaterale del debitore complessivamente non negoziale, anche se in esso possano confluire dei veri e propri accordi contrattuali.

In quest'ottica non è più applicabile, nell'insieme, la disciplina codicistica concernente le patologie negoziali.

L'aspetto problematico sta nel fatto che il piano di risanamento è destinato ad avere riflessi verso l'esterno solo eventualmente: come si è già ripetuto, nulla toglie, in teoria, che un siffatto piano, realizzato con successo, resti nel cassetto dell'imprenditore.

Al contrario qualora l'impresa fallisca, il piano attestato verrà palesato e gli atti, pagamenti e garanzie concesse sui beni del debitore, posti in essere per la sua esecuzione, saranno sottratti alla revocatoria.

Ovviamente può ben succedere che l'imprenditore unilateralmente preveda una serie di misure per il risanamento della sua impresa, nell'ambito di una riprogrammazione economico-finanziaria, che non postuli accordi con i terzi, nuovi e vecchi creditori: si consideri l'esempio di un imprenditore che voglia rimodulare i livelli occupazionali dell'impresa, procedendo ad una serie di licenziamenti, oppure

che voglia far fronte ad un momento di crisi, rallentando i costi di produzione, o utilizzando le rimanenze e le scorte dei magazzini.

Ma è pur vero che tale proiezione è, nella realtà, solo eventuale: difficilmente sarà possibile ripianare la esposizione debitoria e riequilibrare la situazione finanziaria senza ricontrattrare i debiti esistenti e senza ricorrere a nuova finanza.

Ma un punctum dolens della disciplina sta nel fatto che anche i creditori non direttamente coinvolti finiscono comunque col subìre le decisioni prese dal debitore ed alcuni solo di essi: è evidente che un creditore, all'insaputa del quale è stato stipulato un accordo i cui atti esecutivi saranno sottratti alla revocatoria, potrà subìrne le conseguenze, in termini di mancato realizzo del proprio credito, essendo stato il patrimonio del debitore intaccato irrevocabilmente.

E non basta invocare la natura di mero fatto del piano di risanamento, per considerare inapplicabile la disposizione di cui all'art.1372 cc. sull'efficacia dei contratti, a norma della quale il contratto è cogente solo per coloro che vi hanno preso parte.

Nessuno dubita, infatti, come si è detto, della natura contrattuale degli accordi di ristrutturazione, e anche in questo caso si pone lo stesso problema.

E neppure qui il problema può essere superato in considerazione della speciale protezione che verrebbe concessa ai creditori che non prendono parte all'accordo, che non vedrebbero in alcun modo intaccate le proprie pretese: in realtà anche questi subiscono delle conseguenze non volute derivanti da accordi a cui non hanno preso parte, anzi forse subiscono conseguenze anche più forti, perché non solo finiscono per non poter invocare l'azione revocatoria per pagamenti, atti e garanzie esecutive degli accordi, ma viene loro sospeso il diritto di agire individualmente per vedere soddisfatti i loro diritti.

In ragione di ciò non è mancato chi ha sollevato il dubbio dell'illegittimità costituzionale, in particolare sotto il profilo del conflitto con l'art.3 Cost.[142], come accadeva già in

[142] E' stato detto che la par condicio non è un dogma, ma "è una pura e semplice <<regola tecnica>> di organizzazione del concorso, che è frutto di una scelta del legislatore, che nulla o ben poco ha a che fare con le idee astratte di equità, di uguaglianza e di giustizia e che, infatti, è sempra stato tranquillamente derogato dalla legge". Nigro, "Privatizzazione" delle procedure concorsuali e ruolo della banche, in .... p.6.

passato per tutte le norme che contenevano la disciplina delle esenzioni da revocatoria.

Qui, in particolare, come si avrà modo di sottolineare in seguito, quasi l'intera disciplina dell'esenzioni da revocatoria sembra studiata in favore delle banche e dei rapporti bancari, il che accentuerebbe maggiormente il contrasto con l'art.3 Cost.[143].

Anche se nella relazione allo schema di disegno di legge della seconda Commissione Trevisanato si è sottolineato che *"il sistema di esenzioni si presta al rischio di censure di incostituzionalità, ma la scelta del legislatore è stata quella di privilegiare situazioni nelle quali di volta in volta vi siano comunque evidenti vantaggi per la massa o al contrario fenomeni di evidente iniquità per la parte in bonis"*.

3.4. La responsabilità dell'esperto.

L'esenzione dalla revocatoria ex art.67 co.3 lett.d) è subordinata alla presenza di una attestazione di idoneità e

[143] V. Nigro, Art.67, in La riforma della legge fallimentare, a cura di Alessandro Nigro e Michele Sandulli, Torino, 2006 (VERIFICA), I, p.374.

ragionevolezza di un professionista[144] iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti per la nomina a curatore, in particolare, per poter essere nominato a tal uopo, deve essere un avvocato, un dottore commercialista, un ragioniere o un ragioniere commercialista; inoltre, come prevede l'art. 28 co.1 lett.b) l.f. anche uno studio professionale associato o una società di professionisti, sempre che i rispettivi soci abbiano i requisiti suddetti, possono essere nominati, purchè venga designata una persona fisica come responsabile[145].

Sull'argomento sembra che il legislatore ci abbia quasi provato gusto nell'indurre l'interprete a perdersi in un gioco di rinvii legislativi, non solo all'interno delle diverse branche del diritto civile, ma del diritto in generale. A parte il suddetto rinvio alla stessa legge fallimentare, in particolare all'art. 28

[144] Con il correttivo della riforma, D.Lgs. 169/2007 sono stati equiparati i requisiti per assumere la veste di esperto che attesti il piano di risanamento, il piano in funzione degli accordi di ristrutturazione ex art. 182bis, nonchè il piano previsto dal concordato ex art.160. Precedentemente per i requisiti erano ingiustificatamente differenti. L'art. 67 co.3 lett.d) prevedeva solo un rinvio all'art. 2501bis co.4, l'art. 160 rinviava all'art.28 l.f., l'art. 182bis non indicava alcun requisito.

[145] A norma del correttivo, l'esperto incaricato dell'attestazione di ragionevolezza e idoneità del piano di risanamento è lo stesso che oggi è chiamato ad attestare l'attuabilità del piano esecutivo degli accordi di ristrutturazione ex art.182bis, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

l.f., per meglio qualificare la figura dell'esperto, si rinvia all'art. 2501-bis co.4 c.c., che indica il contenuto che deve avere la relazione degli esperti sulla fusione, che a sua volta si riferisce all'art. 2501sexies, che contiene altre disposizioni in tema di fusione di società in merito al contenuto della relazione degli esperti.

L'art. 2501sexies, a sua volta, contiene varii rinvii, ma quello che qui può interessare è al comma 6, che indica i requisiti di responsabilità dell'esperto, rinviando alle disposizioni dell'art. 64 del codice di rito, sulla responsabilità del consulente; esso, infine, contiene generici rinvii alla normativa penalistica relativa ai periti.

Questo labirinto di continui rinvii però non è servito di certo a chiarire maggiormente la figura dell'esperto.

Una delle poche certezze acquisite oggi è che la nomina deve avvenire ad opera dell'imprenditore, ed è stato recentemente chiarito che ciò vale anche nel caso in cui ad essere in crisi sia una società.

Quello che oggi è un'acquisizione quasi lapalissiana all'indomani della riforma non appariva scontata: molte perplessità infatti destava il rinvio del riformatore fallimentare

alla normativa della fusione tra società, in cui, si sa, l'esperto viene scelto e nominato dal tribunale.

I sostenitori di questa tesi[146], secondo cui il rinvio contenuto dall'art.67 co.3 lett.d) all'art. 2501-bis, pure se specificato nel quarto comma, deve ritenersi onnicomprensivo di tutta la norma, non solo quindi del contenuto della relazione, ma anche per ciò che concerne l'individuazione del soggetto che nomina l'esperto, rinvengono la *ratio* giustificatrice nella critica a cui si è già avuto modo di accennare[147]: è necessario un controllo esterno terzo, come quello del giudice che nomini un esperto imparziale, affinchè un accordo stragiudiziale, sia esso nell'ambito dell'art.67 co.3 d), sia esso nell'ambito dell'art.182bis, possa giustificare l'esenzione dalla revocatoria, e dunque in qualche modo l'invasione della sfera giuridica altrui.

In realtà però, non è difficile obiettare che, non essendo prevista alcuna distinzione da parte del legislatore tra imprenditore individuale, s.p.a. o s.r.l., probabilmente non è

[146] V. Arato, Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi, in Fall. 2008, p.1237 e ss., anche se con esclusivo riferimento alla nomina dell'esperto qualora l'impresa in crisi vesta i panni di una s.p.a.,

[147] Vedi supra sub paragrafo 3.3 .

corretto interpretare differentemente la norma a seconda del soggetto debitore protagonista, pur giustificandolo con una differente realtà economica tra una s.p.a. e una s.r.l. o un imprenditore individuale.

Innanzitutto, che una s.r.l. abbia una realtà economica più modesta rispetto ad una s.p.a. è teoria spesso e volentieri smentita dalla pratica.

Inoltre il risultato sul creditore è il medesimo: in ogni caso un soggetto terzo che non partecipa ad alcun accordo può vedere compromessi i propri diritti.

E' senza dubbio particolare il rinvio alla normativa sulla fusione e viene, comunque, da pensare che l'intento del legislatore fosse proprio quello di rimanere in qualche modo ancorati alla funzione giurisdizionale; ma è stato evidente agli stessi giudici[148] che una simile lettura avrebbe tradito lo spirito

[148] V. Trib. Milano, 16 luglio 2008, Est. Ciampi secondo cui "*il vigente art. 67 co.3 lett. d) l.f. non prevede affatto la nomina dell'esperto da parte del Presidente del Tribunale (ovvero dal giudice designato), ma prevede solo che la ragionevolezza del piano sia attestata dall'esperto ai sensi dell'art. 2501bis co.4 c.c.*"; e ancora Trib. Milano, 16 luglio 2008, Est. Quatraro; Trib. Mantova, 31 marzo 2009; Trib. Treviso, 20 aprile 2009; Trib. Milano, 10 marzo 2009;Trib. Bologna, 15 aprile 2009; e da ultimo Trib. Vicenza, 4 giugno 2009, che trova una giustificazione normativa dell'esclusione dell'applicazione dell'art. 2501 sexies, che prevede la nomina dell'esperto da parte del tribunale: "*compete all'imprenditore la nomina dell'esperto chiamato ad attestare la ragionevolezza del piano di cui all'art. 67 co.3 lett.d) l.f., avendo il riferimento esplicito all'art. 28 lett. a) e b) chiaramente escluso l'applicazione dell'art. 2501 sexies*".

generale della riforma, che, come si è detto, ha riprodotto la tendenza della privatizzazione delle procedure concorsuali[149].

E non è mancato chi[150] ha ritenuto essere comunque una stortura del procedimento la possibilità concessa al debitore di nominare l'esperto, ritenendo più corretto che questi venga nominato piuttosto di concerto tra il debitore e i creditori che accettino l'accordo.

Se infatti, si è detto, questo accordo deve essere attestato nella sua fattibilità e attuabilità, una simile scelta renderebbe l'attestazione quanto meno più attendibile.

Ma forse è facile obiettare, come si è già avuto modo di sottolineare, che se il legislatore ha richiesto particolari requisiti di professionalità e deontologia per gli esperti, ancorandoli, peraltro, all'obbligo di un'iscrizione ad un albo, non dovrebbe essere necessario anche trovare altri espedienti per comprovare l'attendibilità e la serietà del loro incarico,

[149] "*La tendenza che si va delineando nella gestione della crisi dell'impresa è quella di risolverla fuori dal tribunale, quasi a privatizzarla, senza il ricorso all'autorità giudiziaria*", così Sansone, Risanamento dell'impresa tra autonomia privata e controllo giudiziario, in Fall., 1998, p.761.

[150] V. Danisi, Accordi di ristrutturazione dei debiti e concordato preventivo, Atti del Convegno di Bari, 29 marzo 2006, "Crisi di impresa: la ristrutturazione dei debiti nel nuovo diritto fallimentare".

come la nomina da parte di un giudice, o la nomina concordata ad opera di entrambe le parti.

Nel caso dei piani di risanamento il ruolo dell'esperto sta nell'accertare la ragionevolezza del piano; la legge non approfondisce oltre. Nella ragionevolezza del piano rientra sicuramente l'idoneità ad assicurare il risanamento della esposizione debitoria e la ristrutturazione della situazione finanziaria.

Ci si è ben presto chiesti fino a dove può e deve spingere l'esperto chiamato ad attestare la ragionevolezza di un siffatto piano.

Ma bisogna fare delle distinzioni: si è detto che questo strumento accompagna i tre istituti di risoluzione privatistica della crisi di impresa e cioè i piani di risanamento, gli accordi di ristrutturazione e il concordato preventivo.

E si è notato come con il correttivo, all'indomani della riforma, i requisiti dell'esperto che ha il ruolo di attestare il piano siano stati uniformati[151]; il legislatore però ha lasciato

[151] V. Patti, Quale professionista per le nuove soluzioni delle crisi di impresa: alternative al fallimento, in Fall., 2008, p. 1068.

alcune differenze tra i compiti che è chiamato a svolgere a seconda dello strumento adottato.

Nel caso di concordato, in particolare, l'art. 161 co.3 prescrive che il piano e la documentazione previsti dalla legge devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 co.3 lett.d) che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.

Nessun riferimento esplicito alla "veridicità" è contenuto nella disciplina concernente i piani di risanamento o gli accordi di ristrutturazione.

Vi è chi ritiene che però un giudizio sulla veridicità è insito nella valutazione sulla ragionevolezza del piano, che non può non passare per la verifica della documentazione e delle informazioni necessarie[152] alla sua stesura.

Per altro verso, però, potrebbe contestarsi che, nell'ottica di una visione uniforme del ruolo dell'esperto, come si evince dai requisiti oramai accomunati nella diverse

[152] Mandrioli, Presupposti ed effetti dei piani di risanamento: le finalità dell'istituto, in (a cura di) S.Bonfatti, La disciplina dell'azione revocatoria, Milano, 2006, p.168; Stasi, I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare, in Fall., 2006, p.866.

procedure, dove il legislatore ha voluto dare all'esperto un compito ulteriore, lo ha esplicitamente specificato.

Inoltre la verifica sulla veridicità della documentazione e delle informazioni ricevute comporta di per sé un aggravio in termini di costi, ma soprattutto in termini di tempo, laddove le procedure stragiudiziali sono state concepite anche per cercare di ovviare alle lungaggini, sveltendo gli interventi di risanamento.

Quanto alla disciplina degli accordi di ristrutturazione, viene poi solo posto l'accento sulla necessità che l'esperto verifichi in particolare l'idoneità del piano ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei[153].

[153] In dottrina si sono avvicendate due diverse letture di questa disposizione. Da un lato vi è chi legge la disposizione nel senso che l'adempimento deve essere sì garantito, ma nei termini e nelle forme previste dall'accordo. V. Grossi, La riforma della legge fallimentare. Commento e formule della nuova revocatoria e del nuovo concordato preventivo, Milano, 2005, p.334.; Verna, Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182bis legge fallimentare, in Dir. Fall., 2006, p. 870 e ss.; D'Amora, Note esegetiche sul nuovo concordato preventivo e le procedure di ristrutturazione dei debiti, in www.fallimentionline.it; Pezzano, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art.182bis l.fall: un'occasione da non perdere, in Dir. Fall. 2006, p.820 e ss.. Dall'altro c'è chi critica questa lettura. V. Ambrosini e Demarchi, il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Milano, 2005, p.192, secondo i quali l'intento dell'istituto degli accordi di ristrutturazione è quello di dare ampia libertà alla fase consensuale tra il debitore e i creditori che vogliano stipulare l'accordo stesso, lasciando intatti i diritti di quei creditori che, al contrario, non ne prendono parte. Diversamente argomentando verrebbero ingiustamente trattati ugualmente tutti i creditori, pure quelli che nulla hanno convenuto col debitore circa una ristrutturazione del proprio credito. Così anche Presti, Gli accordi di ristrutturazione, La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina, a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, p. 384 e ss.; Jorio, Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria, in

L'idoneità, più genericamente intesa, è uno degli oggetti della verifica dell'esperto anche per i piani di risanamento, accanto alla ragionevolezza[154].

A questo punto si ritiene necessario porre l'attenzione sul significato del concetto di veridicità dei dati aziendali da un lato, e dei concetti (per lo più analoghi) di idoneità, ragionevolezza, attuabilità e fattibilità del piano, e sul rapporto che intercorre tra di essi, per meglio comprendere il ruolo dell'esperto e i compiti a questi assegnati.

Per quanto concerne la veridicità dei dati aziendali, occorre rifarsi ai principi ed alle interpretazioni consolidate presenti nella dottrina giuridica ed in quella economico-aziendale in tema di bilancio di esercizio[155].

Fall., 2005, p. 1457 e ss.; Stanghellini, Creditori "forti" e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali, in Fall., 2006, p. 378 e ss.; Roppo, Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti di impresa), in Dir. Fall., 2008, p. 371, dove si legge in particolare che "*non è pensabile che l'accordo di ristrutturazione possa generare un'altra e ben più pesante esternalità negativa a carico dei creditori non aderenti, come quella rappresentata dalla decurtazione e/o dilazione forzosa del loro credito.*"

[154] V. Ferro, Il piano attestato di risanamento, in Fall., 2005, p.1353 e ss., dove l'Autore sottolinea che "*la valutazione di ragionevolezza, per quanto legata a fisiologiche oscillazioni valutative e dunque margini di opinabilità, non può poi non essere nettamente adesiva rispetto ai principi di corretta gestione imprenditoriale: l'esperto non potrebbe dunque esprimere dubbi o ipotesi aperte, dovendo positivamente ed inequivocamente affermare la congruità del piano [...] inoltre, pur concernendo una congettura presuppone che l'esperto eserciti il potere-dovere di assumere dalla società tutte le informazioni utili*".

155

L'asseverazione della fattibilità del piano di risanamento – a motivo del suo esclusivo tecnico prognostico – necessità di valutazioni nell'ambito della ragionevolezza e della credibilità dei dati e dei risultati da esso emergenti, previo l'accertamento del loro legame con la veridicità degli assunti iniziali.

Nel presente lavoro non rientra l'analisi storico-evolutiva della dottrina giuridica, della dottrina economico-aziendale e della giurisprudenza sull'interpretazione esegetica e sull'applicazione di concetti di verità e/o veridicità nell'ambito della "clausola generale" del bilancio di esercizio.

Il riferimento a quanto innanzi è di sicuro indispensabile: il primo documento che accompagna il ricorso al concordato preventivo è "l'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa". Ben si comprende che sussiste la propedeutica necessità di redazione di un bilancio cd intermedio che sconti le ipotesi di continuità aziendale e che rispetti in pieno i dettami civilistici ed aziendalistici.

Di certo il professionista non può limitarsi alla verifica della rispondenza del contenuto della relazione illustrativa con quanto si collega ai dati del bilancio all'uopo redatto.

Deve procedere invece alle idonee verifiche sui dati di bilancio che gli consentano l'espressione del giudizio di attendibilità dello stesso, e, dunque, del rispetto della clausola generale che ovviamente, incorpora anche la veridicità.

Il professionista, esperto di bilanci e dati contabili, ben distingue le cd. quantità oggettive presenti nel bilancio richiedenti tecniche di oggettiva accertabilità, dalle cd. quantità soggettive, contraddistinte da stime, essendo queste ultime sempre presenti nel bilancio dell'impresa in funzionamento costituendone la magna pars.

Se il professionista riscontra inesattezze o alterazioni volontarie di quantità oggettive, di sicuro, il bilancio non è dotato di veridicità, difetta, cioè dell'attendibilità.

Nel caso delle quantità soggettive il professionista deve analizzare e giudicare il ricorso fatto dal redattore del bilancio alle ipotesi di "approssimazione al vero" o ad "ipotesi di soggettive interpretazioni di un vero refrattario a qualsiasi verifica nel presente e nel futuro".

Le due categorie soggettive danno luogo a dati-grandezze approssimate e a dati-grandezze congetturate.

Di tali grandezze l'esperto ne deve valutare la fondatezza e la coerenza complessiva rispetto alle finalità conoscitive del bilancio ed alle condizioni di esistenza attuali e future dell'impresa.

In effetti, l'esperto, dovrebbe essere in grado di ricostruire a ritroso il percorso argomentativo valutativo che ha accompagnato la redazione del bilancio per accertare la *ratio* che ha ispirato il redattore, al fine di accertare se la stessa sia caratterizzata dalla ragionevolezza condivisibile sul piano strettamente economico e su quello giuridico.

Per l'altra documentazione, elencata nell'art. 161, l'esperto potrebbe riscontrare inesattezze e/o manchevolezze nell'elencazione delle attività, dei creditori, delle cause di prelazione, delle titolarità di diritti reali su beni di proprietà o in possesso del debitore, dei creditori particolari, degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

In tali evenienze, è fuor di dubbio la sussistenza del difetto di veridicità.

Per quanto attiene invece allo stato estimativo delle attivita' (art161 lett. b) o del valore dei beni (art. 161 d), l'esperto ne deve vagliare la veridicità accompagnata dalla

ragionevolezza delle stime, valutando la congruità dei parametri utilizzati.

Il giudizio sulla veridicità dei dati presenti sulla documentazione allegata al ricorso di concordato è conditio sine qua non per vagliare e per asseverare, poi, la fattibilità del piano di concordato.

La maggior parte dei dati e delle informazioni da prelevare dai documenti indicati nell'art. 161, primo fra tutti dalla situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata, costituisce il *trait d'union*, ovvero il punto di partenza per l'impostazione del piano.

Quest'ultimo, segmentato temporalmente, nelle varie parti che lo compongono, deve essere esaminato nella sua interezza e l'esperto ne deve validare la credibilità in termini di generazione di reddività, di incrementi di capitali e di misure di cash flow, ed alla riconduzione dell'impresa secondo stato e andamento di normale operatività, redditività e solvibilità.

Essendo il piano esclusivamente prognostico, il professionista deve attestare la coerenza delle quantità soggettive (stimate e congetturate) con le finalità di erezione

del documento, così come dianzi enunciate, con la peculiarità che l'unica quantità oggettiva monetaria (cash flow generato negli esercizi di riferimento del piano) è anch'essa una quantità la cui stima è influenzata da tutte le altre presenti nel piano programmatico che ineriscono gli aspetti economici, patrimoniali, finanziari, della futura gestione.

Molteplici sono gli approcci utilizzabili dall'esperto per addivenire al giudizio di credibilità del piano e della sua concretezza operativa capace di realizzare il fine della sua redazione e dunque il risanamento dell'impresa nei modi, nei termini e nei tempi programmati. Aderendo ai comportamenti professionali internazionali nel campo dell'auditing il professionista può impostare approcci e metodologie presenti negli standard internazionali ritenuti di universale accettazione ed utilizzazione e ciò allo scopo di realizzare il sostrato informativo del giudizio di ragionevolezza che sarebbe così supportato da comportamenti generalizzati.

Ovviamente questa distinzione non può non avere dei riflessi sul regime di responsabilità applicabile all'operato dell'esperto.

E' per questo che è importante sottolineare la differenza che verte tra quanto la legge richiede all'esperto che attesti il piano di concordato ex art.161 ovvero il piano di risanamento ex art. 67 co.3 lett.d).

Stando alla lettera della legge, l'esperto del piano di risanamento dovrebbe attestare la ragionevolezza di esso e non anche la veridicità dei dati aziendali.

E' da dire che nel caso del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, l'operato dell'esperto riceve una validazione da parte del giudice in sede di omologazione, che potrebbe essere sempre utilizzata come clausola di esclusione dalla responsabilità. Non può dirsi lo stesso nel caso dell'esperto ex art. 67 co.3 lett.d).

Viene dunque da pensare che il legislatore abbia volutamente lasciato una scappatoia al professionista che attesti la ragionevolezza del piano di risanamento; poiché, infatti, non gli viene esplicitamente richiesto di verificare anche la veridicità dei dati aziendali, questi potrebbe sempre ritenersi esente dalla responsabilità derivante da una scorretta previsione di idoneità di un piano a risanare l'impresa, fondata su dati aziendali non veritieri.

La dottrina[156] si è interrogata sulla qualificazione giuridica dell'esperto: in particolare ci si è chiesti se l'esperto dovesse essere considerato come un pubblico ufficiale, essendo stato evidenziato il suo ruolo di garante della fede pubblica.

In realtà, sebbene in qualche modo l'esperto sostituisca o anticipi un controllo del giudice[157], il fatto che sembra oramai indubbio che venga designato su nomina di parte fa propendere per la tesi negativa.

Piuttosto occorrerebbe chiarire quale possa essere il rapporto tra l'esperto nominato al fine di attestare il piano di risanamento, contenuto o meno in un accordo di ristrutturazione o in un concordato preventivo, e il cosiddetto "*financial advisor*", che altri non è, se non un esperto, che l'imprenditore chiama al fine di essere coadiuvato e supportato nella gestione stragiudiziale della crisi, e quindi nella stesura di un piano di riorganizzazione e risanamento, in una fase di difficoltà.

[156] V. Ferro, I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese tra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva, in Fall., 2005, p.591; Grossi, La riforma della legge fallimentare, Milano, 2005; Ambrosini e Demarchi, Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, Milano, 2005.

[157] Sul ruolo del giudice si dirà dopo.

Il *financial advisor* assume da sempre il compito di affiancare l'imprenditore per suggerirgli le soluzioni più adeguate, in virtù della situazione economico-finanziaria nella quale l'impresa versa, al fine di scongiurare il pericolo del fallimento.

Tale figura è stata, inoltre, spesso utilizzata come *trait d'union* tra l'impresa in difficoltà e il ceto bancario, soprattutto quando gli istituti bancari coinvolti erano numerosi[158].

Sorge quindi un problema di coesistenza o compatibilità tra il *financial advisor* e l'esperto ex art.67 co.3 lett.d).

Entrambi sono nominati dall'imprenditore[159], e quest'ultimo è l'unico a decidere quando chiamarli ad intervenire; entrambi hanno competenze nel settore economico-finanziario, anche se nel caso dell'esperto di cui alla legge fallimentare, le sue competenze devono essere comprovate dall'iscrizione ad un albo, e dall'appartenenza ad una determinata categoria professionale.

[158] Un esempio su tutti può essere quello del risanamento del gruppo Belleli (CERCA MEGLIO RIFERIMENTI), per attuare il quale l'esperto prescelto è entrato in contatto con 134 banche diverse; oggi molto probabilmente una situazione analoga verrebbe supportata, inoltre, anche da una convenzione interbancaria, secondo lo schema dell'ABI, di cui si dirà innanzi.

[159] *Rectius*, dalle parti che prendono parte a questa fase.

L'advisor è chiamato a coadiuvare il management nella stesura di un eventuale piano di risanamento; l'esperto ha il compito di attestare l'idoneità e la ragionevolezza di un piano di risanamento, come previsto dalla legge.

Bisogna ora chiedersi se le due figure possano coesistere nello stesso soggetto; non sembra potersi escludere che lo stesso soggetto predisponga il piano e, ovviamente, ne attesti la sua ragionevolezza.

Forse la differenza si sostanzia nel tipo di responsabilità che assume l'esperto a seconda che rivesta entrambi i ruoli, o meno[160].

Sul profilo della responsabilità però bisogna prima chiarire un punto: l'esperto attestatore ex art. 67 co.3 lett.d) sicuramente assume la responsabilità derivante dall'incarico che gli è stato conferito.

Ma la sua responsabilità[161] è diversa a seconda del soggetto che la invochi; sicuramente nei confronti del debitore

[160] Non appare percorribile la strada di chi sostiene che l'Advisor non assume responsabilità. Bonelli, Ruolo e responsabilità degli advisors nella gestione stragiudiziale dell'insolvenza, in Fall. 1997, p. 572, dove si legge che "nell'esercizio dei suoi compiti l'advisor non dovrebbe incorrere in responsabilità, in quanto egli si limita ad un ruolo di consulenza".

[161] Siamo qui nell'ambito della responsabilità civilistica, ma non sembra che possa escludersi nemmeno la sussistenza di eventuali responsabilità penalistiche.

imprenditore che gli ha conferito l'incarico, egli assume una responsabilità contrattuale. Può dirsi che nei confronti dei creditori che non partecipino ad alcun accordo, egli assumerà una responsabilità extracontrattuale[162]. Infine egli assume una responsabilità anche nei confronti dei creditori che eventualmente stipulino degli accordi con il debitore e si tratterebbe in questo caso di una responsabilità precontrattuale: se un creditore è stato convinto a stipulare un determinato accordo in virtù di un piano che è stato attestato per la sua ragionevolezza, nonché per la sua idoneità a riequilibrare la situazione economico-finanziaria del suo debitore, senza il quale non avrebbe stretto alcun accordo, o lo avrebbe fatto a condizioni diverse, è chiaro che può invocare la responsabilità precontrattuale non solo del debitore, ma anche dello stesso esperto.

Ovviamente la responsabilità che assume un esperto è proporzionata al tipo di incarico che gli viene conferito. Se l'esperto, come si è detto in precedenza, non deve spingersi fino a verificare la veridicità degli atti e della documentazione

[162] Ovviamente con la conseguente necessità in capo ai terzi creditori di provare il danno, il nesso causale e il criterio di imputazione soggettiva.

che gli ha fornito il debitore, non potrà essere responsabile per eventuali imprecisioni che rendono fallace la sua attestazione di ragionevolezza[163].

Ritornando al rapporto che può sorgere tra l'advisor e l'esperto, a questo punto può essere chiarito che qualora i due ruoli convivano nella stesso soggetto, è scontato che questi risponderà anche per i dati non veritieri, poiché è ovvio che se ha contribuito a modellare un piano tale da superare l'impasse economico-finanziaria dell'impresa, non può non essere a conoscenza della documentazione necessaria nella sua interezza.

Qualora invece le due figure restino distinte, ci si potrebbe trovare di fronte alla eventualità che entrambi gli esperti, ciascuno per la sua parte, sono assieme responsabili, con responsabilità contrattuale nei confronti del debitore che li

[163] Ci si è chiesti se nel caso di certificazione da parte di una società di revisione degli atti e delle scritture contabili, l'esperto può invocare una incolpevole presupposizione di veridicità. Ma in realtà è più giusto far rientrare nel potere-dovere dell'esperto, l'onere di assumere tutte le informazioni utili, verificandone la correttezza. Di sicuro l'esperto può obiettare, a titolo di esenzione di una sua eventuale responsabilità, che la propria attestazione sia fondata su rilevazioni effettuate in base a standards qualitativi di comune accettazione, secondo metodi e strumenti tecnici di verifica aziendale comunemente seguiti nella prassi.

ha singolarmente nominati, e responsabilità precontrattuale nei confronti dei creditori stipulanti sulla base del piano[164].

Non appare scontato invece che l'advisor risponda anche nei confronti dei creditori terzi: questi, infatti, in tanto possono subìre dei danni derivanti dall'operazione di risanamento, in quanto in virtù dell'attestazione dell'esperto il piano risulti ragionevole e quindi idoneo a giustificare l'esenzione da revocatoria degli atti compiuti in sua esecuzione, con conseguente *deminutio* di tutela dei restanti creditori che potranno rivalersi su un patrimonio minore.

3.5. Il controllo del giudice tra merito e legittimità.

[164] Cfr. Bonelli, Ruolo e responsabilità degli advisors, op.cit., p.572 che cita il caso di un fornitore-creditore che aveva instaurato una causa nel confronti dell'advisor, giustificandola sulla circostanza secondo la quale le previsioni dei recupero si erano rivelate troppo ottimistiche, nonchè fondate sulla presunta esistenza di dati non veritieri alla base del piano. Perciò, l'Autore sostiene che "la possibilità di azioni di responsabilità porta a sconsigliare all'advisor, sul piano operativo, di sbilanciarsi in previsioni eccessivamente dettagliate, essendo di regola più opportuno, ove possibile, limitarsi all'illustrazione dei vantaggi che al ceto deriverebbero da una soluzione stragiudiziale dell'insolvenza rispetto a quanto accadrebbe con l'assoggettamento ad una procedura concorsuale". Lo stesso discorso non può estendersi all'esperto attestatore che, indipendentemente dai dettagli, deve affermare, più semplicemente, se un determinato piano può ragionevolmente ripianare l'esposizione debitoria, risanando la situazione finanziaria, oppure no.

Nell'ottica di una connotazione oggi prettamente privatistica della risoluzione delle crisi di impresa, è ovvio che ci si deve interrogare sul ruolo destinato al giudice, anche nell'ambito dei nuovi strumenti predisposti dal legislatore.

In particolare, nel caso del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione il giudice è chiamato ad intervenire col giudizio di omologazione, nel caso dei piani di risanamento, invece, non gli viene affidato alcuno spazio.

Il primo dubbio da dipanare concerne il reale oggetto del giudizio di omologazione, se esso cioè debba concernere solo la legittimità, o se venga concesso al giudice di entrare nel merito del piano di ristrutturazione o di concordato[165].

Qui in particolare interessa soffermarsi sul ruolo del giudice nel caso degli accordi di ristrutturazione, i quali, come si è visto, presentano degli aspetti maggiormente affini al piano di risanamento.

Sul punto il legislatore si limita a prevedere la possibilità che un imprenditore si rivolga al giudice affinchè

[165] Quanto al concordato preventivo, si ritiene che il giudice debba avere il potere di verificare che la proposta presentata ai creditori abbia leggibilità, completezza informativa, plausibilità e logicità: solo in questo modo i creditori possono essere chiamati responsabilmente a valutarne la convenienza. Convenienza che non deve assolutamente rientrare nel giudizio posto in essere dal giudice. V. Jorio, Il nuovo concordato preventivo, Riv. Dott. comm., 2006, p.485.

questi omologhi un accordo precedentemente stipulato con i suoi creditori, o anche solo una parte di essi, purchè rappresentino, totalmente, almeno il 60% dei crediti.

L'accordo, in attesa di omologazione, viene pubblicato nel registro delle imprese, e dal momento della sua pubblicazione decorrono i termini (60 gg) per la sospensione delle azioni esecutive individuali, nonché i termini per proporre opposizioni. Nel caso in cui vengano proposte, il tribunale è chiamato, ovviamente, a decidere su di esse, prima di procedere all'omologazione.

Qualcuno ha affermato che, come nel caso del concordato preventivo, il tribunale sia chiamato ad un controllo principalmente formale, che può sforare fino al merito solo in presenza di eventuali opposizioni da parte dei creditori.

Conoscere la qualità del controllo del tribunale in questa sede potrebbe avere riflessi nel caso di dichiarazione di fallimento, pur a seguito della proposizione di un accordo di ristrutturazione.

E' ovvio che se il tribunale è entrato anche nel merito, in fase di omologazione[166], ha in qualche modo "autenticato" l'attestazione dell'esperto, e gli atti compiuti in esecuzione del piano di ristrutturazione rimarranno validi, ovvero non revocabile.

E' lecito, però, chiedersi se, qualora al tribunale si riconoscesse solo un controllo di tipo formale, al momento di una contestazione sull'esonero dalla revocatoria fallimentare degli atti esecutivi dell'accordo di ristrutturazione, il giudice, chiamato a decidere, possa mettere in dubbio l'attestazione dell'esperto, inficiando la validità dell'accordo stesso, non essendo entrato nel merito della fase precedente dell'omologazione.

Inoltre, il potere riconosciuto al tribunale in fase di omologazione potrebbe avere dei riflessi anche sul piano di risanamento ex art. 67 co.3 lett. d).

[166] Ci sarebbe, poi, in questo caso anche da chiarire se il giudice in questa sede possa avvalersi di una consulenza tecnica, allo scopo di verificare la idoneità del piano, tenuto conto della realtà economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa. Fermo restando che una siffatta previsione, in considerazione del tempo necessario a svolgere una consulenza, rischierebbe di vanificare l'accordo stesso. V. Jorio, Accordi di ristrutturazione e piani di risanamento, in p.109.

Si è più volte ribadito dell'assoluta stragiudizialità di questo strumento, per il quale non sono richieste formalità[167] di alcun tipo, né pubblicazione sul registro delle imprese, né deposito in tribunale, né tanto meno percentuali di creditori consenzienti.

Non si può dunque escludere che un accordo di ristrutturazione che non riceva il vaglio positivo dell'omologazione da parte del tribunale, possa essere conservato dall'imprenditore come valido piano di risanamento.

Ovviamente questo non può accadere qualora si ritenga il giudizio del tribunale penetrante fino al merito: se il tribunale non omologa gli accordi di ristrutturazione adducendone il motivo dell'assenza di ragionevolezza o idoneità, è difficile che questo possa poi essere considerato un valido piano di risanamento.

Al contrario, se al tribunale è consentito solo entrare nella legittimità, e quindi se viene consentito solo di verificare

[167] Ovviamente, essendoci un piano di programmazione economica stilato al fine di ripianare l'esposizione debitoria, e una conseguente attestazione di ragionevolezza di esso da parte di un esperto, si deduce la necessità della forma scritta, che però di principio è libera, non essendo richiesta esplicitamente dal legislatore.

che siano valide le percentuali dei creditori stipulanti, nonché valida sia, da un punto di vista formale, la documentazione, nulla impedisce che il rifiuto di omologazione fondato sulla mancanza di un requisito formale, possa far si' che il piano sotteso ad un accordo di ristrutturazione, possa essere considerato come piano di risanamento.

La conseguenza sarebbe la sottrazione degli atti esecutivi alla revocatoria[168], senza però limitare in alcun modo l'esercizio di azioni esecutive individuali da parte dei creditori.

C'è chi[169] ha riconosciuto in questo una dei motivi alla base della scarsa utilizzazione, finora, nella prassi dello

[168] "*E allora, forse, c'è un difetto di politica e/o di tecnica legislativa, nell'aver ricollegato sostanzialmente lo stesso effetto giuridico a due diverse fattispecie, di cui l'una presenta qualcosa come una deminutio rispetto all'altra: perchè è chiaro che la fattispecie minor tenderà a vanificare o marginalizzare la maior*." Così Roppo, Profili strutturali e funzionali dei contratti "di salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti di impresa), in Dir. Fall., p.590.

[169] Jorio, Le soluzioni concordate delle crisi di impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria, in Fall., 2005, p. 1457; Bellinazzo, Debiti, accordi piccoli passi, in Il Sole 24 Ore, 17 luglio 2006, p.21; Felicioni e Ripa, Ristrutturazione del debito. L'accordo è senza appeal, in Italia Oggi, 29 giugno 2006, p.35. Gli accordi di ristrutturazione dunque risultano un ibrido che difficilmente l'imprenditore può essere invogliato a preferire non solo rispetto al piano di risanamento, ma anche rispetto al concordato preventivo. Infatti ci si è chiesti per quale motivo il debitore dovrebbe optare per gli accordi di ristrutturazione quando il concordato preventivo comporta l'estensione automatica alle minoranze dissenzienti delle riduzioni che hanno accettato le maggioranze, l'esenzione da revocatoria dei pagamenti di prestazioni di servizio strumentali all'accesso alla procedura, ma anche il trattamento in prededuzione nell'eventuale successivo fallimento della nuova finanza erogata in esecuzione del concordato. Nonche' il diverso trattamento fiscale per le sopravvenienze attive derivanti dalle rinunce parziali ai crediti.

strumento degli accordi di ristrutturazione, ossia di uno strumento comunque oneroso e complesso, a fronte della possibilità di utilizzarne un altro, ben più libero.

Sebbene c'è da ricordare che l'imprenditore potrebbe in ogni caso preferire gli accordi di ristrutturazione, poiché dal momento della loro pubblicazione, si è detto, viene impedito ai creditori di proporre azioni esecutive individuali, e se già sono state proposte, vengono sospese.

Inoltre la scelta sull'opportunità di utilizzare un accordo di ristrutturazione o piuttosto un piano di risanamento è legata al controllo del tribunale: se si tratta di un controllo di merito, l'imprenditore, con l'appoggio della percentuale richiesta dalla legge, potrebbe preferire la certezza di uno strumento, che, invece, nel piano di risanamento può riceve il crisma della validità solo ex post.

CAPITOLO 4

"Le banche"

4.1. Il ruolo delle banche: profili generali

Si è detto che il piano attestato di risanamento è un piano stragiudiziale, che potrebbe, in teoria, rimanere nel cassetto dell'imprenditore[170], senza che nessuno venga a conoscenza della sua esistenza, a parte, ovviamente, l'esperto che ne ha attestato la ragionevolezza.

Ma ciò può accadere in teoria.

E se è vero ciò che diceva Leonardo Da Vinci, e cioè che "*sempre la pratica deve essere edificata sopra la bona teorica*", è vero anche che dalla pratica non può prescindersi per meglio comprendere la *teorica* (in questo caso la lettera della legge), soprattutto se essa non è *bona*.

Perciò quando si discute della *teorica* di una crisi di impresa e della sua eventuale risoluzione, non può mai

[170] Cerca il decreto di Quatraro, che hai pure già citato.

prescindersi dal pratico ruolo che le hanno le banche[171], che di volta in volta, passano da una posizione di corresponsabilità, ad una di sostegno, da carnefici a paladine.

Si sa infatti che la posizione delle banche è sempre stata caratterizzata da connotazioni opposte, da cui deriva l'applicazione di regimi talvolta di favore, talaltre di sfavore, non tanto in conseguenza di specifiche norme, quanto di interpretazioni giurisprudenziali.

Sicuramente l'intervento delle banche nei salvataggi non ha un ruolo solo MUTUALISTICO/FILANTROPICO/SINONIMO. Da un lato è vero che senza gli istituti bancari, senza, in particolare, l'erogazione di nuova finanza, difficilmente si può ridare ad un'impresa lo slancio per riuscire nuovamente a generare ricchezza e a mantenere i livelli occupazionali; dall'altro, però, le banche subiscono sicuramente gravi conseguenze nel caso di insolvenza, basti pensare alla questione della revocatoria

[171] Il successo del piano è correlato all'intervento delle banche, basti pensare all'esposizione debitoria che spesso hanno le imprese proprio nei confronti di queste ultime, o al ruolo che queste hanno nel credito commerciale, con la tecnica delle anticipazioni su fatture. Presti, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in Banca borsa tit. Cred., 2006, p.16.

delle rimesse bancarie[172], sebbene risolta in parte con la riforma fallimentare, o comunque alle lungaggini dei tempi di recuperi che si possono conseguire con l'attivazione delle procedure fallimentari.

Ovviamente se le banche non riescono a recuperare rapidamente la liquidità, difficilmente possono essere di sostegno ad altre imprese.

E' per questo che la stabilità del ceto bancario in un paese è uno dei primi aspetti che dovrebbero essere garantiti, proprio perché è da esso principalmente che derivano gli strumenti di primo soccorso nel caso di patologie dell'impresa[173].

Ed è anche partendo da queste riflessioni che si dovrebbe giustificare il regime di assoluto favore e privilegio che il riformatore fallimentare ha predisposto per le banche[174].

---

[172] Ricopia la bibliografia che hai sulle rimesse bancarie, sulla nota di banca e borsa.

[173] Bianchi, direttore centrale per la Vigilanza creditizia e finanziaria della Banca d'Italia, nell'audizione 10 dicembre 1996, ha sottolineato gli effetti positivi che le banche hanno sortito nell'ambito degli accordi stragiudiziali che hanno "consentito di salvaguardare l'attività di numerose imprese e degli interessi sociali in esse coinvolti".

[174] In seno alle commissioni di riforma proprio il trattamento da riservare alla banche è stato argomento di forti contrasti. Nigro, "Privatizzazione" delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, in CERCA MEGLIO

Principalmente le banche sono state favorite nell'ambito della disciplina delle esenzioni da revocatoria.

Innanzitutto in materia di rimesse in conto corrente, in cui la disciplina ha invertito l'ordine previsto dalla disciplina precedente

VEDI MEGLIO SULLE RIMESSE

Sembra quasi superfluo sottolineare come anche la disciplina dell'esenzione da revocatoria degli atti compiuti in esecuzione di accordi stragiudiziali di ristrutturazione e di piani di risanamento, servano a garantire la posizione delle banche in sede di eventuale futuro fallimento, ponendole senza dubbio in una condizione di privilegio[175].

Certamente una siffatta condizione non può non far pensare a contrasti con la Costituzione, sebbene, seguendo un'altra e diversa visuale, non può considerarsi a priori scorretta una disciplina di incentivazione ad aiutare le imprese, a favore di chi, in ogni caso se ne assume gli oneri del rischio, tanto più che, come si è avuto modo di dire, l'impresa non è

[175] Nigro, "Privatizzazione" delle procedure concorsuali, op.cit., p.5, nel quale si legge che "oggi, le banche ed i rapporti bancari tendono ormai a configurarsi come un segmento a se' stante di creditori e di rapporti nelle procedure concorsuali, governato da una sorta di ius singulare, in termini di vera e propria "immunita'".

più il bene produttivo del singolo, ma dall'intera comunità, in considerazione del valore aggiunti in termini di apporto nell'economia nazionale e nell'occupazione.

Queste motivazioni non sono certamente sufficienti a giustificare una riforma tutta a favore delle banche, anche se c'è stato chi ha voluto vedere nella possibilità di suddividere i creditori in classi, con trattamenti diversi, una mitigazione del favore previsto per le banche, partendo, però, dal presupposto, non pienamente condivisibile, che le banche nella pratica riceveranno il trattamento deteriore, essendo da considerarsi tra i creditori maggiormente in grado di sopportare le perdite[176].

Non è pienamente condivisibile questa ricostruzione per due ordini di motivi.

Innanzitutto il creditore più "forte" è molto probabilmente anche il creditore che ha un maggior peso nell'ambito dell'approvazione o votazione di un accordo, e sembra un po' strano immaginare che un creditore con un maggiore peso contrattuale, possa accettare un trattamento deteriore.

[176] Nigro, p.8

Anzi viene quasi da pensare che nella pratica, poiché difficilmente un solo istituto bancario viene coinvolto nel salvataggio dell'impresa[177], saranno al più le banche meno forti, o quelle meno esposte, accanto agli altri creditori minori, ad avere il trattamento deteriore.

La seconda motivazione che porta a ritenere non ragionevole la previsione suddetta è che, benché, come si è avuto modo di dire, l'esperto chiamato ad attestare la ragionevolezza del piano di concordato, degli accordi di ristrutturazione o di risanamento, venga nominato dall'imprenditore, sempre nella pratica, l'advisor è scelto di concerto con le banche, o proposto da queste ultime, e non sembrerebbe RAGIONEVOLE che un soggetto nomini un esperto che predisponga e approvi un piano che in qualche modo non gli garantisca un trattamento adeguato.

[177] Anche per questo è sorto lo schema di convenzione interbancaria predisposto dall'ABI sulla falsariga del London Approach. Ma sull'argomento si ritornerà in seguito.

E di certo questa non è l'unica scelta del debitore che i creditori più forti, cioè le banche, sono in grado di influenzare[178].

4.2. Evoluzione dell'intervento bancario nelle crisi di impresa

Storicamente la risoluzione della crisi delle imprese, soprattutto le più grandi, era una prerogativa più schiettamente statale: il problema veniva affrontato con la creazione di enti pubblici e l'emanazione di leggi speciali[179].

Una prima inversione di tendenza la si inizia ad avere negli Settanta e Ottanta: prima con la disciplina delle società consortili[180], che prevedeva la partecipazione anche degli

[178] Piscitello, Piani di risanamento e posizione delle banche, in AA.VV., Le soluzioni concordate delle crisi di impresa, Torino, 2008; Marano, La ristrutturazione dei debiti e la continuazione dell'impresa, in Fall., 2006, p.101.

[179] Attraverso cioè l'IRI, ente pubblico, che detiene e gestisce partecipazioni in società bancarie e industriali, e le leggi speciali che disciplinano le ipotesi di insolvenza di tali società, come ad esempio la legge 5 febbraio 1934, n.361 e la legge 2 giugno 1939, n.739.

[180] Legge 5 dicembre 1978, n. 787, in attuazione della quale si costituirono, tra le altre, la società consortile Pirelli s.p.a., la società consortile Montefibre s.p.a., la società consortile Tubitalia s.p.a., il consorzio bancario Sir s.p.a.-CBS.

istituti bancari, e, più tardi, con una deliberazione del CICR[181] avente ad oggetto la regolamentazione degli investimenti azionari nel capitale di imprese industriali da parte di istituti bancari.

Quest'ultima deliberazione, in particolare, autorizzava gli istituti bancari ad assumere "*interessenze per recupero crediti*", con l'obbligo di alienarle entro cinque anni, in considerazione della loro natura, con anche la previsione di eventuali deroghe da parte della Banca d'Italia.

Nel 1993, poi, la Banca d'Italia emana delle istruzioni in materia di assunzione di partecipazione degli istituti bancari in banche, società finanziarie, strumentali ed assicurative, in imprese non finanziarie, e in imprese in temporanea difficoltà, rifacendosi a quanto previsto dal d.lgs. 14 dicembre 1992, in recepimento della direttiva comunitaria 89/646[182].

Secondo le istruzioni del 23 giugno 1993, "*in particolari casi le banche possono trovarsi nella necessità di decidere se convertire in azioni crediti verso imprese in temporanea difficoltà finanziaria*".

[181] Deliberazione del 28 gennaio 1981.

[182] La disciplina è oggi contenuta anche nel d.lgs. 385/93, il cd TUB; le istruzioni della Banca d'Italia in materia, sono state aggiornate nel 1999.

La conversione viene vietata nei casi nel caso in cui la crisi non sia temporanea, non sia riconducibile essenzialmente ad aspetti finanziari, ma di mercato, e non esistano, quindi, ragionevoli prospettive di riequilibrio nel medio periodo.

In base a questa procedura deve essere redatto un piano di risanamento che preveda il riequilibrio in un tempo massimo di cinque anni, che deve essere presentato da più banche, e che deve essere verificato da parte di un soggetto, formalmente nominato, al fine di accertarne la corretta esecuzione e il sostanziale conseguimento degli obiettivi intermedi e finali previsti.

Si assiste in questo modo al cd. "*superamento della separatezza tra banca e industria*"[183]: la banca diventa, cioè, azionista, ma non un azionista qualsiasi, bensì uno sui generis che non è libero di gestire la propria partecipazione secondo personali giudizi di opportunità, essendo vincolato dal raggiungimento dello scopo previsto da un piano, e dalle indicazioni stabilite dalla Banca d'Italia.

Nelle istruzioni della Banca d'Italia, proprio in materia di conversione di crediti in capitale dell'impresa, si legge che

[183] Irti, Dal salvataggio statale all'intervento bancario, Riv. Soc., 1996, p.1086.

"le banche devono porre estrema cautela nel realizzare interventi della specie per la complessità e l'elevato grado di incertezza che li caratterizzano. Andrà pertanto attentamente verificata la convenienza economica di tali operazioni. La conversione di crediti[184] può rivelarsi vantaggiosa a condizione che la crisi dell'impresa affidata sia temporanea, riconducibile essenzialmente ad aspetti finanziari e non di mercato, e perciò esistano ragionevoli prospettive di riequilibrio nel medio periodo".

Si è dato così accesso alle c.d. Convenzioni bancarie di salvataggio: con questa espressione, della quale si è sottolineata la vaghezza[185], si indicano dunque quei contratti "innominati", atipici o misti, che vengono individuati solo in virtù della finalità perseguita, e cioè il salvataggio dell'impresa.

Nelle Convenzioni bancarie non si può non riconoscere un antenato del piano attestato di risanamento ex art.67 co.3 lett.d): le istruzioni della Banca d'Italia prevedono infatti la

[184] Si sottolinea che la "conversione" dei crediti in partecipazioni azionarie vuol dire acquisizione di azioni di nuova emissione, essendo a tal uopo necessaria comunque la delibera dell'assemblea straordinaria.

[185] Schlesinger, Convenzioni bancarie di salvataggio, in Fall., 1997, p.894.

stesura di un piano di risanamento, che deve essere revisionato da un soggetto di elevato standing. Il più delle volte però l'esperto dall'elevato standing non si limita alla revisione del piano, ma si occupa direttamente della sua stesura.

Le differenze più lampanti rispetto all'istituto introdotto con la Riforma fallimentare del 2005 sono la palese presenza di un piano che sia esecutivo di un accordo tra l'imprenditore e le banche, e l'assenza di ogni riferimento alla disciplina sull'esenzione dalla revocatoria fallimentare.

La soluzione delle convenzioni bancarie, o della c.d. "amministrazione bancaria", ha costituito sicuramente una valida alternativa alla crisi di impresa, in presenza di grandi gruppi industriali.

Diversa è, ovviamente, la situazione per le piccole e medie imprese: in questo caso, infatti, tra i motivi ostativi al successo di questa prassi, vi è la polverizzazione dei rapporti bancari, con conseguente mancanza di banche capofila di riferimento. In questo caso, infatti, essendosi in presenza di un indebitamento bancario frazionato, nessun istituto di credito ha una convenienza tale da assumere la posizione di coordinamento anche per gli altri. In questo clima, è più facile

che le singole banche pongano in essere delle azioni individuali di recupero.

Inoltre la composizione usualmente famliare delle piccole e medie imprese italiane, comporta spesso l'inadeguatezza degli interventi di carattere patrimoniale, che dovrebbero passare attraverso l'apertura dell'impresa a nuovi capitali, e quindi a terzi, cosa che difficilmente succedere quando l'impresa è a carattere familiare, e si è restii a consentire l'ingresso ad estranei.

La soluzione adottata per superare le difficoltà è stata quella di incentivare il momento della concertazione tra il debitore e il creditore, e tra i creditori stessi. Per favorire quindi la consultazione preventiva e i comportamenti collaborativi, in assenza di una normativa adeguata o diretta in questo senso, è intervenuta l'ABI, proponendo l'adozione di un Codice di comportamento.

4.3. Il Codice di Comportamento dell'ABI

Nel 2000 l'ABI, dopo aver richiesto e ottenuto il nulla osta da parte della Banca d'Italia, in qualità di Autorità antitrust[186], ha diffuso il Codice di comportamento tra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi di impresa.

Con questo Codice l'ABI cerca di proporre un'alternativa agli strumenti fino a quel momento offerti dalla normativa fallimentare, non capaci di soddisfare le esigenze che sorgono nel caso di risanamento aziendale.

Una delle finalità espresse dal Codice è, accanto a quella di favorire comportamenti coesi, con lo scopo di recuperare l'impresa e valorizzarne le prospettive reddituali, di far emergere con tempestività le situazioni di difficoltà delle imprese finanziate dalle banche e di individuare i conseguenti comportamenti.

In questo modo l'imprenditore, sentendosi appoggiato anche dal ceto bancario compatto, non ne rinvia l'intervento, e

[186] Con lettera del 15 febbraio 2000, infatti, la Banca d'Italia ha evidenziato che "l'esame del Codice sotto il profilo concorrenziale tenuto conto del carattere fondamentalmente procedurale delle previsioni in esso contenue e dei benefici che la sua applicazione potrebbe comportare sia per le banche creditrici sia per le stesse imprese in difficoltà – non ha fatto emergere profili di contrasto con le norme della legge n.287/90".

agendo con tempestività maggiori sono le probabilità di scongiurare la liquidazione.

Il Codice trae dichiaratamente spunto dalle esperienze estere, in particolare dal London Approach[187], dal quale mutua l'aspetto squisitamente volontaristico delle banche e degli altri intermediari finanziari che vogliano aderirvi.

Tra le linee direttrici del Codice vi sono "*la trasparenza e la correttezza nei rapporti reciproci tra le banche e nei confronti delle imprese, consentendo l'assunzione di comportamenti degli aderenti informati a principi di cooperazione e di equità sostanziale, anche nel riparto proporzionale delle eventuali operazioni di nuova finanza, nonchè la valorizzazione delle imprese*".

In particolare poi, all'art.1, vengono esposti i principi generali, con particolare riferimento agli impegni che assumono le banche e gli intermediari che vi aderiscono. Esse, in particolare si impegnano:

[187] AA.VV., Crisi di impresa e risanamento. Ruolo delle banche e prospettive di riforma, a cura di Masciandaro e Riolo, Milano, 1997; Cornelli, , Risoluzione della crisi di impresa: principi economici e spunti dalle procedure estere, in Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale, n.44. marzo 1997; Ghia, Il London Approach, in temi Romana, 1995, I, pagg. 245 e ss.

- alla trasparenza e alla correttezza nei rapporti reciproci e nei confronti delle imprese clienti, favorendo in particolare una contrattualizzazione unitaria degli accordi interbancari e di adesione al piano;
- a porre in essere comportamenti informati a principi di cooperazione e di equità sostanziale nei rapporti tra il ceto creditorio;
- a porre in essere comportamenti che, nel rispetto della "par condicio", valorizzino le imprese anche nelle loro prospettive reddituali;
- a ripartire le quote di partecipazione alla nuova finanza secondo criteri di trasparenza ed obiettività;
- ad adottare forme di collaborazione e di suddivisione dei ruoli al fine di contenere anche i costi amministrativi derivanti dalla gestione della procedura di ristrutturazione, ricorrendo se del caso a forme di cessione del credito ovvero a mandati per la gestione dello stesso;

- a compiere quanto necessario affinchè i principi e le norme del presente accordo vengano recepite nell'ambito degli accordi di ristrutturazione di cui fossero parte;
- ad introdurre, in particolare, negli accordi di ristrutturazione sia divieti circa trattative separate nonché patti di covendita per quanto concerne le azioni rivenienti dalla conversione di crediti in capitale, sia previsioni per l'assunzione di determinazioni secondo principi di maggioranza qualificata, determinazioni che, per motivi di urgenza, possono essere demandate ad un Comitato ristretto;
- a favorire la circolazione di tutti i soggetti interessati delle informazioni di rilevanza ai fini della valutazione ed adesione al piano di risanamento;
- a comunicare nei termini convenuti le decisioni di pertinenza;
- a risolvere eventuali controversie attinenti all'interpretazione del presente accordo agli

impegni da esso derivanti mediante ricorso a procedure arbitrali.

Nel Codice di comportamento si leggono anche dei paletti che ne dovrebbero delimitare l'applicazione.

Nella sua prima stesura, innanzitutto, si faceva riferimento a crisi di impresa solo di natura finanziaria; successivamente è stato aggiunto il riferimento, in taluni casi, a crisi di natura strutturale e produttiva, proprio perché non ci deve mai discostare dalle cause della crisi che nel caso di piccole e medie imprese possono essere le più varie[188].

Per la stessa ragione sono state sollevate delle critiche a quanto indicato nell'art.2 del Codice, nel quale si individua l'ambito di applicazione della procedura di concertazione, riferendolo alle situazioni di crisi di imprese in cui l'esposizione verso il sistema bancario o finanziario sia pari o superiore a 30 miliardi di lire: si obiettato infatti che sarebbe più corretto lasciare alla discrezionalità degli aderenti la scelta

[188] Bonfatti, La "amministrazione bancaria", p.49 TROVA

di porre in essere questa procedura anche in presenza di esposizione debitoria di minore entità[189].

Inoltre viene evidenziato espressamente che l'adottabilità di questo strumento è strettamente legata alla reversibilità della crisi di impresa: aspetto che il legislatore, dal canto suo, tralascia di sottolineare, dandolo per scontato.

Per quanto riguarda l'operatività della procedura, si prevede l'iniziativa da parte di un soggetto che sia in possesso di notizie tali da ritenere utile l'attivazione della concertazione; tale soggetto però sembrerebbe non dover essere individuato nell'imprenditore, poiché si parla, successivamente solo di "coinvolgimento dell'impresa interessata e previo consenso della stessa".

Tra gli obblighi in capo alle banche aderenti vi sono quello di partecipare alle riunioni, posto che la partecipazione debba essere "ad adeguato livello", ovvero gli organi rappresentativi delle banche che prendano parte all'incontro, devono avere il potere di "esprimere in modo significativo gli orientamenti di massima della banca rappresentata"[190].

[189] Bonfatti, L'intervento delle banche nel risanamento delle imprese in crisi, in Fall., 2003, pag. 939.

[190] Bonfatti, L'intervento delle banche, op. cit., p.942.

Tutti i rapporti concernenti la procedura in esame, tra le banche, e tra ciascuna banca e l'impresa, devono essere improntanti al rispetto della correttezza e della riservatezza, conciliate con la necessità dell'adeguatezza delle informazioni che riguardano ciascun soggetto aderente, e al rispetto del principio della par condicio.

Risponde alla correttezza, l'obbligo di comunicare eventuali situazioni conflittuali, come ad esempio l'esistenza di partecipazione nel gruppo interessato, nonché l'obbligo di non utilizzare la notizia della riunione al fine di modificare la propria situazione in termini di affidamenti e garanzie, verso l'impresa.

Solo in questo modo è possibile rispettare anche la par condicio richiamata tra i principi generali del codice stesso.

La necessità della riservatezza si concilia anche con la necessità di non esternare al mercato la situazione di crisi nella quale versa un'impresa e di cui, probabilmente, il creditore che più degli altri può avere notizia è certamente la banca.

Si è già avuto modo di dire che una qualsiasi forma di pubblicità dello stato patologico di un'impresa, non funzionale alle esigenze di ristrutturazione, finirebbe con l' ingenerare

perdita di fiducia nel mercato, che porterebbe senza dubbio ad un aggravarsi della crisi stessa.

Una volta a conoscenza di tutte le informazioni necessarie, gli aderenti si esprimono circa la possibilità di porre in essere la procedura di concertazione.

Non viene specificato nulla riguardo il contenuto di tale procedura, a parte la previsione di un piano di ristrutturazione, o piano di risanamento[191], che deve essere poi sottoposto alla disamina di un advisor.

Quanto alle eventuali contestazioni inerenti ai principi sanciti nel Codice, e quanto alla risoluzione di eventuali controversie legate alla ritenuta violazione degli obblighi in esso previsti, viene stabilito l'intervento dell'ABI, che è chiamata a decidere in via di conciliazione, ovvero di un collegio arbitrale, che decide secondo diritto.

[191] Nel Codice di comportamento, piano di ristrutturazione e piano di risanamento sono accolti come sinonimi; d'altra parte il codice è precedente rispetto alla riforma fallimentare, dove è prevalsa la scelta di differenziare i due istituti degli accordi di ristrutturazione dei debiti e il piano attestato di risanamento. Per completezza si coglie comunque l'occasione per sottolineare due aspetti. Al di là dell'aspetto terminologico, si ritiene che il nucleo di entrambi gli istituti sia lo stesso: un piano studiato al fine di risolvere un momento di crisi dell'impresa. Le differenze sono piuttosto procedurali che di sostanza (accordo con coloro che rappresentino almeno il 60% dei crediti e omologazione). D'altra parte è corretto dire che un'impresa si risana anche attraverso la ristrutturazione dei suoi debiti. E ancora una volta il legislatore non ha perso l'occasione per gettare ombra e confusione sulla materia.

Apparirebbe a questo punto corretto immaginare che il Codice di comportamento, che resta pur sempre un codice prettamente deontologico, possa essere adottato come linea guida per la esecuzione e la composizione di piani di risanamento ex art.67 co.3 lett.d), in assenza di una qualsiasi altra indicazione da parte del legislatore.

Ovviamente in questo modo, in ogni caso, resterebbero aperti tutti gli interrogativi circa la costituzionalità della disciplina, in considerazione dell'assenza di una esplicita tutela per i creditori terzi: non basta, infatti, a difendere le posizioni degli estranei a siffatti accordi o procedure di concertazione, la previsione di un generale e vago "rispetto della par condicio", cui devono essere improntati quei "comportamenti tesi a valorizzare le imprese anche nelle loro prospettive reddituali", che si obbligano di porre in essere gli aderenti.

4.4. Profili di responsabilita' del ceto bancario

La previsione di un Codice comportamentale e la previsione di una disciplina fallimentare di favore, principalmente in materia di esenzioni da revocatoria, non salva però gli istituti bancari dalle eventuali responsabilità nelle quali possono incorrere.

Essi infatti se da un lato possono coadiuvare nella risoluzione della crisi, potrebbero al contrario rivelarsi deleteri, aggravando la situazione finanziaria di un'impresa con l'incremento dell'esposizione debitoria dovuta all'erogazione di nuova finanza, a cui potrebbe non riuscire a far fronte.

Cioè le banche potrebbero trovarsi a dover rispondere per la responsabilità che ad esse deriverebbe dalla concessione abusiva del credito; a tale fattispecie di elaborazione dottrinaria e giurisprudenziale si fa riferimento quando si ritiene che una banca, attraverso un comportamento abusivo, conceda nuova finanza ad un'impresa, che cio' nonostante fallisca. Tale comportamento rileva in termini di responsabilità perché la banca, concedendo altri finanziamenti ad un'impresa in crisi, le consente di occultare la sua situazione di dissesto, ingenerando un falso affidamento nei terzi, per i quali il

sostegno delle banche è comunque sintomo di solidità economica, e un'apparenza di affidabilità per l'intero mercato.

La giurisprudenza ha avuto un ruolo molto importante per consentire di meglio delimitare i confini ermeneutici della fattispecie.

Nelle pronunce più recenti si segnalano le tre sentenze della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 2006[192], che non sono rimaste isolate[193], e che hanno confermato l'esclusione della legittimità della curatela ad esperire azioni risarcitorie nei confronti delle banche nelle procedure fallimentari, poiché si tratterebbe di azioni individuali e non della massa, e in quanto tali sottratte alla sfera del curatore e rientrante in quella dei singoli creditori individualmente[194].

Ma sicuramente continuano a rimanere dei dubbi circa la natura della responsabilità da addossare alla banca finanziatrice, la tipologia di interesse giuridico da tutelare, nonché la qualificazione del danno. Inoltre bisognerebbe anche

[192] Si tratta delle SS.UU. del 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030 e 7031.

[193] Cfr. Cass. 22 maggio 2007, n.11837 e Trib. Monza, 12 settembre 2007.

[194] Per un commento approfondito delle pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione del 2006 cfr. Castiello D'Antonio, Le Sezioni Unite e la responsabilità della banca per concessione abusiva del credito, in Giur. Comm. (vedi meglio); Russo, Legittimazione del curatore all'azione per "abusiva" concessione di credito, in Dir. Fall., 2006, p.615; Nardecchia, L'abusiva concessione del credito all'esame delle sezioni unite, VEDI MEGLIO

chiedersi se e quanto questa fattispecie ha subìto (o si appresta a subire) una nuova interpretazione, alla luce del regime complessivamente di favore riconosciuto alle banche dalla riforma del diritto fallimentare.

In particolare è lecito chiedersi quanto sia corretto incentivare da un lato i creditori come le banche a farsi parte attiva nel risanamento di un'impresa in crisi, predisponendo gli strumenti di cui si è parlato, sottoponendoli all'ombrello protettivo dell'esenzione da revocatoria, e sottoporli, dall'altro, alla spada di Damocle della responsabilità derivante dalla concessione abusiva di credito.

L'inquadramento della concessione abusiva di credito come di una fattispecie generatrice di responsabilità fa leva sulla teoria generale dell'abuso del diritto[195] e sul principio per cui la banca è il soggetto che più di ogni altro può valutare la solidità e il merito creditizio di un'impresa, sia per gli

[195] Per ciò che concerne la teoria generale dell'abuso del diritto v. Rescigno, L'abuso del diritto, in Riv. dir. civ., 1965, pp.225 e ss.; Id., L'abuso del diritto, Bologna, 1998, p.11 e ss. Vedasi anche Di Marzio, Abuso nella concessione di credito, Napoli, 2004, in particolare p. 92 e ss. dove scrive "l'esercizio dell'abuso del diritto indica il percorso di chi, partendo dall'uso legittimo del diritto, ne oltrepassa i confini imposti nell'interesse altrui e seguita ad usare di un diritto invece nello spazio storico cessato. Si tratta di un'azione profondamente diversa da quella di chi infrange un interesse meritevole di tutela in assenza di qualsiasi iniziale o apparente legittimazione. Questa diversa modalità di lesione si è voluta chiamare, con locuazione evocativa, abuso del diritto".

strumenti che ha a disposizione, sia per la elevata professionalità connessa all'attività svolta.

Ciò comporta che se un istituto bancario è a conoscenza dello stato patologico di un'impresa e ciò nonostante concede nuova finanza, finisce col travalicare l'interesse altrui, in particolare quello dei creditori. Col suo contegno, infatti, la banca finirebbe col danneggiare i creditori pregressi, perché aumentando l'esposizione debitoria del debitore, ne diminuiscono le garanzie, e inoltre perché facendo affidamento su una presunta situazione di stabilità dell'impresa, essi si asterrebbero dal proporre azioni individuali di recupero delle proprie pretese. Inoltre anche i creditori successivi, tratti in inganno sulla situazione dell'impresa diversa da quella in cui in realtà essa versa, potrebbero essere indotti a concedere a loro volta credito[196].

Quindi, la fonte della responsabilità per le banche risiederebbe nella violazione del neminem laedere di cui

[196] V. App. Milano, 11 maggio 2004, in Banca borsa tit.cred., 2004, p.643 dove, a conferma, si legge che "può verificarsi una situazione di danno per una duplice categoria qualificata di contraenti con tale impresa: ovvero, più in sintesi, quelli divenuti titolari di crediti prima della concessione di credito francamente anomala od irregolare, e che vengono a risentire dell'aggravamento del passivo creato da una procrastinata apertura della procedura concorsuale, e quelli che, ove si fosse dato un suo più tempestivo inizio in mancanza del fornito sostegno bancario con meri effetti dilatori, si sarebbero anzi astenuti dal contrarre rapporti negoziali, o ne sarebbero receduti con anticipo"

all'art. 2043 c.c., cioè nella violazione di dovere di corretta erogazione del credito, mediante un comportamento abusivo.

Secondo questa interpretazione, dunque si è giunti a considerare abusivo un finanziamento caratterizzato dall'irregolarità dell'affidamento, poichè elargito ad un'impresa le cui condizioni patrimoniali avrebbero dovuto indurre il bonus argentarius a non concederlo. Quindi perchè il comportamento della banca possa essere censurato sotto il profilo della responsabilità extracontrattuale, occorre non solo il dolo, che, cioè, essa fosse a conoscenza della crisi di impresa, ma anche la colpa, e cioè che avrebbe potuto conoscerla adottando i canoni di correttezza e cautela richiesti al buon banchiere[197].

L'autorevole giurisprudenza già segnalata, inoltre, sottolinea la linea interpretativa già da essa espressa in precedenza, in materia di sussistenza di profili di responsabilità indipendentemente dalla dichiarazione di fallimento; per la Cassazione, la condotta della banca "rimane

[197] Piraino Leto, La problematica della responsabilità della banca nel finanziamento, in Ec. Cred., 1986, pp.76 e ss.; Nanni, Abuso della banca nella concessione di credito ad impresa insolvente, in Fall., 1996, p.918; Morera, Il fido bancario. Profili giuridici. Milano, 1988, p.169; Roppo, Crisi di impresa e responsabilità civile della banca, in Fall., 1996, p.875.

illecita e dunque possibile fonte di pregiudizio aquiliano ancorchè non venga eseguita dal fallimento ed addirittura prima ancora che questo si verifichi", perché "l'artificioso mantenimento in vita dell'impresa quando essa invece dovrebbe uscire dal mercato, le consente di continuare una concorrenza che altrimenti non eserciterebbe. Con ciò essa, quale ne possa essere la sorte, produce danno di natura concorrenziale al concorrente, il quale, a prescindere dal fallimento, può esercitare azione risarcitoria nei confronti dell'impresa stessa, oltre che della banca".

Ancora non è chiaro come il danno di natura concorrenziale sia conciliabile con la previsione legislativa di strumenti di risoluzione della crisi, come gli accordi di ristrutturazione o il piano attestato di risanamento: nel primo caso i creditori coinvolti nella stipula sono a conoscenza dello stato in cui versa l'impresa, nel secondo potrebbero non saperlo mai, ma in entrambi i casi le banche con il loro intervento potrebbero sicuramente alterare la concorrenza.

Oltretutto consentire l'azione di risarcimento in capo al concorrente presunto leso potrebbe vanificare l'operazione di risanamento o ristrutturazione dell'impresa.

Dovrebbe allora considerarsi come elemento fondamentale ai fini della ricostruzione della fattispecie di concessione abusiva del credito una condizione di insolvenza dell'impresa per la quale non vi sono prospettive di risanamento, e non siano dunque invocabili strumenti quali quelli previsti dalla legge fallimentare ex artt. 160, 182bis e 67 co.3 lett. d).

Anche se così facendo, ancora una volta, si scarica tutta la responsabilità sull'esperto che attesta la ragionevolezza del piano di risanamento: se esiste un piano che ragionevolmente conduce al risanamento di un'impresa, la banca, che in esecuzione di quel piano ha erogato il credito richiesto, che responsabilità ha?

La dottrina si divide. Da un lato vi è chi, muovendo dall'assunto per cui nelle nuove fattispecie il legislatore ha disposto la sola esenzione degli atti attuativi dei piani di risanamento o di ristrutturazione dall'azione revocatoria, esclude che per quegli stessi atti i soggetti che accettino di finanziarie la società in stato di crisi possano considerarsi esonerati anche da eventuali responsabilità, che siano essere

civili o penali[198]. Dall'altro vi è chi ha espresso opinione contraria, ritenendo che dal riconoscimento di liceità delle menzionate fattispecie di piano, operato dal legislatore in funzione della esenzione da revocatoria, debba escludersi, fatti salvi i casi di comportamento doloso, la responsabilità per abuso nell'erogazione del credito[199].

A favore dell'esclusione della configurabilità della fattispecie di concessione abusiva del credito è anche chi ritiene che la conclusione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o l'adesione ad un piano attestato di risanamento di per sé ostano all'esistenza di una tale figura "abusiva"[200].

Si ritiene in ogni caso che la banca non può limitarsi a sottoscrivere il piano per il solo fatto dell'attestazione di ragionevolezza di un esperto professionista: ad essa compete comunque una valutazione autonoma del merito creditizio del debitore secondo le regole che ne governano l'attività di finanziamento.

[198] Bonfatti, La disciplina dell'azione revocatoria, Milano, 2005, pp.203 e ss.

[199] Panzani, Le Sezioni Unite e la responsabilità della banca per concessione abusiva di credito (prima parte), VEDI, Nigro, La responsabilità della banca nell'erogazione del credito, in Le società, 2007, p.437 e ss.

[200] Castiello D'Antonio, Crisi d'impresa e responsabilità della banca: "revoca brutale" del fido, concessione abusiva di credito., in Dir. Fall., 2008, p.293.

C'è chi sostiene che l'attestazione dell'esperto forse potrebbe mitigare la responsabilità della banca[201]. Questa affermazione, però non sembra condivisibile, per due ragioni. La prima è che se si dice la banca è meno responsabile, dovrebbe chiarirsi quel "meno", poichè la quantificazione della responsabilità in questa materia appare alquanto complicata. La seconda ragione è che o si consente alla banca di erogare il credito solo sulla scorta dell'attestazione di ragionevolezza dell'advisor, oppure, se le si riconosce comunque il potere/dovere di una valutazione autonoma, non la si puo' esimere, neppure in parte, dalla responsabilità.

"Il piano attestato di risanamento"

BIBLIOGRAFIA

[201] Circolare ABI n.9, 8 settembre 2008

AA.VV., "Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali", Atti del Convegno di Courmayeur 23-24 settembre 2005, Milano, 2006

AA.VV., "Crisi dell'impresa e salvaguardia dell'azienda", a cura di Schiano di Pepe, Padova, 1995

AA.VV., "Crisi di impresa e procedure concorsuali. Spunti critici emergenti da un'indagine empirica", Milano, 1996

AA.VV., "La riforma delle procedure concorsuali. I progetti", a cura di Jorio, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 269, 2004.

AA.VV., "Le procedure concorsuali tra "nuove frontiere" e prospettive di riforma", a cura di Bonftti e Falcone, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, 240, 2002

Abete L., "Le vie negoziali per la soluzione della crisi d'impresa", Il fallimento, 2007, n.6, pagg. 617 e ss.

ABI, Codice di comportamento tra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi di impresa, 2000

Ambrosini S., Demarchi P.G., "Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti", Milano, 2005

Andrei, Bisaschi, "Le prevenzione dei dissesti aziendali: ipotesi di innovazione della legge fallimentare", in Rivista dei dottori commercialisti 5/1996, pagg. 844 e ss.

Antonucci R., Napolitano A., "Nuove norme europee in tema di procedure concorsuali", in Dircomm.it, 2002, n.1

Arato M., "Convenzioni bancarie e procedure concorsuali", in Il fallimento, 1998, pagg. 928 e ss.

Arato M., "La responsabilità della banca nelle crisi di impresa", Il fallimento, 2007, n.3, pagg. 252 e ss.

Arato M., "Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi, in Fall., 2008, pagg. 1237 e ss.

Azzarà A., "Casi recenti di finanziamento alle imprese in crisi", in Fall., 2009, pagg.41 e ss.

Banca d'Italia, "Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche", in Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale, n.44, marzo 1997

Bastia P., "Pianificazione e controllo dei risanamenti aziendali", Torino, 1996

Bonelli F., "Ruolo e responsabilità degli advisors nella gestione stragiudiziale della insolvenza", in Fall., 1997, pagg. 569 e ss.

Bonelli, "Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese", in Giur. Comm., 1997, n.1, pagg. 488 e ss.

Bonfatti S., "Gli accordi stragiudiziali per la composizione delle crisi d'impresa nei progetti di riforma della legge fallimentare. Profili civilistici", in Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 2003, n.1, pagg. 113 e ss.

Bonfatti S., "L'intervento delle banche nel risanamento delle imprese in crisi", in il Fall., 2003, pagg. 939 e ss.

Bonfatti S., Falcone G., "La concertazione per la soluzione delle crisi d'impresa: la "amministrazione bancaria" ed il nuovo codice di comportamento bancario sulla gestione delle

crisi aziendali", in Diritto della banca e del mercato finanziario, 2000, n.3, pagg. 365 e ss.

Bonfatti S., "La promozione e la tutela delle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa nella riforma della legge fallimentare", su www.fallimento.ipsoa.it

Bonfatti, Falcone (a cura di), "Le procedure stragiudiziali per la composizione della crisi di impresa", Giuffrè, Milano, 1999

Bonsignore R., "Il finanziamento all'impresa in crisi nella fase preparatoria della ristrutturazione del debito", in Fall., 2009, pagg.37 e ss.

Campana M.J., "L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese", in Fall., 2003, n.9, pagg. 978 e ss.

Candelario Macìas, "Aspetti storici ed evolutivi della normativa in tema di risanamento delle imprese in crisi", in Fall., 2003, n.9, pagg. 1000 e ss.

Castiello D'Antonio A., "Prolegomeni al diritto della crisi dell'impresa. Crisi reversibile e soluzioni preconcorsuali", in Dir. Fall. 1994, n.6, pagg. 1113 e ss.

Castiello D'Antonio A., "Crisi di impresa e responsabilità della banca: <<revoca brutale>> del fido, concessione abusiva di credito, in Dir. Fall., 2009, pagg.290 e ss.

Censoni P., "Il concordato preventivo e la prospettiva della ricollocazione del patrimonio dell'impresa in crisi", in Dir. Fall., 2998, pagg.853 e ss.

Costa C., "La soluzione stragiudiziale delle crisi d'impresa", in Dir. fall., 1998, n.5, pagg. 958 e ss.

De Poli M., "Trasparenza bancaria e procedure concorsuali", in Fall., 1997, pagg. 942 e ss.

De Sensi V., "Il concetto di insolvenza", in Ceradi, 2002

De Sensi V., "Convenzioni stragiudiziali per il salvataggio delle imprese e patti parasociali", in Dir. Fall., 2005, pagg.57 e ss.

Di Carlo A., "Riflessioni su piani attestati e relazione del professionista", in Rirea, 2007, pagg. 581 e ss.

Di Gravio D., "I piani di risanamento e la ripercussione automatica per le imprese creditirici nelle procedure di amministrazione controllata: il caso del gruppo rizzoli-corriere della sera. (nota a Trib. Milano 21 ottobre 1982)", in Dir. fall., 1983, n. 2-3, pagg. 459 e ss.

Dimundo, "Pactum de non petendo e insolvenza", in Fall., 1996, pagg.905 e ss.

Domenichini G., "Convenzioni bancarie ed effetti sullo stato di insolvenza", in Fall., 1996, pagg. 840 e ss.

Donato V., "Revocatoria delle rimesse bancarie ed esenzione dalla revocatoria a fronte di piani di risanamento: profili tecnico-aziendalistici", in Dir. fall., 2006, n.2, pagg.381 e ss

Ferri C., "L'esperienza del Chapter 11. Procedura di riorganizzazione dell'impresa in prospettiva di novità legislative", in Giur. Comm., 2002, pagg. 65 e ss.

Ferro M., "I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese tra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva", in Fall. 5/2005, p.590

Ferro M., "Il piano attestato di risanamento", in Fall., 2005, n.12, pagg. 1353 e ss.

Forestieri (a cura di), "Banche e risanamento delle imprese in crisi", Milano, 1995

Frascaroli Santi E., "Effetti della composizione stragiudiziale della insolvenza", Padova, 1995.

Frascaroli Santi E., "Crisi dell'impresa e soluzioni stragiudiziali", 2005, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da Francesco Galgano, volume trentasettesimo

Frascaroli Santi E., "Le sistemazioni stragiudiziali dell'insolvenza", in AA.VV., Diritto Fallimentare, coordinato da A.Maffei Alberti, Bologna, 2002

Gallarati M., "Crisi d'impresa e sistema bancario", in Rivista dei dottori commercialisti, 1993, n.4, pagg. 699 e ss.

Galletti D., "I piani di risanamento e di ristrutturazione", in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2006, n.4, pagg. 1195 e ss.

Ghia, "Il London Approach", in Temi romana, 1995, I, pag. 245 e ss.

Giannelli G., "Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prima riflessioni", in Dir. fall., 2005, n.6, pagg. 1156 e ss

Gismondi R., "La nuova disciplina del concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti", in Dircomm.it, n.7-8, 2005

Gismondi R., "Prime applicazioni giurisprudenziali delle nuove norme in tema di concordato preventivo", in Dircomm.it, 2006, n.1

Gualtieri P., "Il processo decisionale delle banche per l'adesione ai piani di risanamento delle imprese", in Rivista delle società, 1996, n.4, pagg. 854 e ss.

Guatri L., "Crisi e risanamento delle imprese", Milano, 1986

Guerra P., "Ristrutturazione del debito ed assistenza finanziaria alla impresa: il c.d. consolidamento dei crediti bancari", in Banca Borsa e titoli di credito, 1995, I, pagg.807 e ss.

Guerrera F., Jorio A., Macrì G.B., Nigro A., Piscitello P., Quatraro B., Salanitro N., Santoni G., Terranova G., Vassalli F., Le soluzioni concordate delle crisi di impresa, Torino, 2007

Guglielmucci L., "La legge tedesca sull'insolvenza (Insolvenzordnung) del 5 ottobre 1994", Quaderni di giurisprudenza commerciale, 204, 2000

Guglielmucci L., "Il diritto concorsuale tedesco tra risanamento e liquidazione", in Fall. , 2003, n.9, pagg.993 e ss.

Irti N., "Dal salvataggio statale all'intervento bancario", in Rivista delle società, 1996, pagg. 1082 e ss.

Jorio A. (a cura di), "Il nuovo diritto fallimentare", Bologna-Torino, Zanichelli, 2006

Jorio A., "Il nuovo concordato preventivo", in Riv. Dott. Comm., 2006, pagg.479 e ss.

La Croce G., "Finanziamenti Ponte e garanzie per debiti prescritti", in Fall., 2009, pagg. 47 e ss.,

Lo Cascio G., "Il Concordato Preventivo", Milano, 2007

Lo Cascio G. "Il fallimento e le altre procedure concorsuali", Milano, 2007

Lo Cascio G., "L'intervento correttivo ed integrativo del decreto legislativo 5/2006", in Fall., 2008, pagg. 865 e ss.

Lo Cascio G., "Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?", in Fall. 2008, pagg. 991 e ss.

Lo Iacono G., "Le modifiche alla disciplina della revocatoria nella legge fallimentare", in Studium Iuris, 2006, n. 12, pagg. 1384 e ss.

Mandrioli L., "Il piano di ristrutturazione nel concordato preventivo tra profili giuridici ed aspetti aziendalistici", in Fall., 2005, n.11, pagg 1337 e ss.

Mann R., Warren E., Westbrook J., "Comprehensive commercial law. Statutory Supplement.", Wolters Kluwer, 2008

Mariniello L., "Crisi e insolvenza d'impresa: la prospettiva aziendalistica", in Rirea, 2006, pagg.498 e ss.

Masciandaro P., Riolo (a cura di), "Crisi d'impresa e risanamento. Ruolo delle banche e prospettive di riforma", Edibank, Milano, 1997

Meoli B., "Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare", in Giur. Comm., 2006, n.2, pagg.207 e ss.

Minutoli G., "L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)", in Fall. 2008, pagg. 1047 e ss.

Nigro A., "La crisi della piccola impresa tra liquidazione e risanamento", in Il Fall., 2003, pagg. 1004 e ss.

Nigro A., "Commento all'art. 67, in La riforma della legge fallimentare", a cura di Nigro e Sandulli, Torino, 2006

Oliva P., "Privatizzazione della insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione", in Fall., 1999, pagg. 829 e ss.

Panzani, "Il d.l. 35/2005 e la riforma della legge fallimentare", in Fall, 2005, pagg. 560 e ss.

Paolini A., "La nuova azione revocatoria fallimentare: profili generali, le ipotesi di esenzione relative a piani di risanamento ed a procedure alternative al fallimento (art.67, co. 1 e 2; co.3, lett. d,e,g)", in Notariato, 2006, n. 2, pagg. 190 e ss.

Paoloni M., "Il problema del risanamento delle piccole imprese in crisi", in Fall., 2003, pagg.1013 e ss.

Patti A., "Crisi di impresa: definizioni stragiudiziali", in Fall., 2003, n.3, pagg. 477 e ss.

Presti G., "Rigore è quando arbitro fischia?", in Fall., 2009, pagg. 25 e ss.

Provinciali R., "Insolvenza in diritto comparato", in Dig. Disc. Priv., 1992, pagg.410 e ss.

Riparbelli A., "Il contributo della ragioneria nell'analisi dei dissesti aziendali", Firenze, 1950

Roe Mark J., "Bankruptcy and corporate reorganization. Legal and financial materials", Foundation press, 2007

Roppo V., "Crisi di impresa e responsabilità civile della banca", in Fall., 1996, pagg. 874 e ss.

Roppo V., "Profili strutturali e funzionali dei contratti <<di salvataggio>> (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa), in Dir. Fall., 2008, pagg. 345 e ss.

Rossi G., "Crisi dell'impresa: soluzioni al confine tra diritto fallimentare e societario", in Fall., 1997, pagg. 914 e ss.

Sacchi R., "Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'Autorità giudiziaria", in Fall., 2009, pagg. 30 e ss.

Salvato L., "Il difficile bilanciamento delle esigenze di tutela dei creditori e del mercato nella disciplina dei finanziamenti alle imprese", in Fall., 2009, pagg. 87 e ss.

Sansone, "Risanamento dell'impresa tra autonomia privata e controllo giudiziario", in Fall., 1998, pagg. 761 e ss

Santini R., "Il percorso delle soluzioni stragiudiziali alle crisi di impresa", in Giur. Comm., 1998, n.4, pagg. 609 e ss.

Schiano di Pepe G., Il diritto fallimentare riformato, Padova

Schiano di Pepe G., "Insolvenza", in Enciclopedia del diritto, 1972, pagg.780 e ss.

Schlesinger P., "Convenzioni bancarie di salvataggio", in Fall., 1997, pagg. 893 e ss.

Stanghellini L., "La crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza", il Mulino, 2007

Stanghellini L., Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato, in Fall., 2008, pagg. 1075 e ss.

Stasi E., "I piani di risanamento e di ristrutturazione nella legge fallimentare", in Fall., 2006, n.7, pagg. 861 e ss.

Tarzia G., "Pubblico e privato nella gestione dell'insolvenza", in Giur. Comm., 2002, pagg.259 e ss.

Tedeschi G.U., "Manuale del nuovo diritto fallimentare", Padova

Tedeschi G.U., "Piano di risanamento e concordato nell'amministrazione straordinaria speciale", in Dir. fall., 2005, pagg.744 e ss.

Terranova G., "Lo stato di insolvenza. Per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento", in Giur. Comm., 1996, pagg. 82 e ss.,

Valente C., "The London Approach. (Le procedure di <<concertazione delle crisi>> secondo le banche inglesi)", in Dir. Fall., 1998, pagg. 359 e ss.

Verna G., "I piani di risanamento e di riequilibrio nella legge fallimentare", in Dir. fall., 2006, n.6, pagg. 1247 e ss.

Vivaldi R., "Soluzione negoziale della insolvenza: responsabilità civile delle banche nella crisi di impresa", in Fall., 1998, pagg. 761 e ss.

Stanghellini L., "Creditori <<forti>> e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali, in Fall., 2006, pagg. 377 e ss.

White J., Nimmer R., "Bankruptcy. Cases and materials", West Publishing, 1992