

Tomaso Galletto

NUOVE PROSPETTIVE NEL DIRITTO FALLIMENTARE ITALIANO: IL GRUPPO INSOLVENTE E LA RISOLUZIONE NEGOZIATA DELLE CRISI DI IMPRESA*

Sommario: 1. Premessa. – 2. L’insolvenza nel gruppo societario. – 3.(*segue*) Frammentarietà della disciplina e spunti ricostruttivi. – 4. Profili problematici della gestione dell’insolvenza. – 5.(*segue*) Gli strumenti di gestione negoziale della crisi di impresa ed i limiti all’autonomia privata. – 6. Il ruolo delle Corti. – 7. Conclusioni.

1. PREMESSA

In Italia, la disciplina dell’insolvenza dell’imprenditore commerciale (e solo di questi) attraverso l’apertura di procedure concorsuali aventi natura conservativa (amministrazione controllata e concordato preventivo) o liquidatoria (fallimento e liquidazione coatta amministrativa, quest’ultima applicabile alle sole imprese indicate dalla legge in ragione degli interessi pubblicistici coinvolti) è rimasta saldamente ancorata, per oltre 60 anni, alle disposizioni del R.D. 267/1942 (la “legge fallimentare”).

Nel corso dei decenni diverse autorevoli ipotesi di riforma della legge fallimentare si sono susseguite nel tentativo di adeguare la disciplina concorsuale alla mutata realtà economica e sociale, ma nessuna di esse è stata trasformata in un testo legislativo.

* Relazione presentata al Congresso del Conseil National des Administrateurs Judiciaires et des Mandataires Judiciaires – CNAJMJ – tenutosi a Roma il 7 maggio 2010.

Soltanto con riferimento alle grandi imprese è stata introdotta, nel 1979, una specifica procedura concorsuale (l'amministrazione straordinaria) che ha trovato peraltro una disciplina sistematica soltanto nel 1999 (con il D.Lgs. n. 270/99) con integrazioni con riferimento alle "grandissime imprese" nel 2004 (c.d. "Decreto Marzano") e, in epoca recentissima, con la speciale disciplina della insolvenza del vettore aereo Alitalia (legge 27 ottobre 2008, n. 166).

Per il resto si è mantenuto l'impianto della legge fallimentare del 1942, interpolato con le modificazioni conseguenti ai ripetuti pronunciamenti della Corte Costituzionale che hanno inciso in senso garantista, coerente con la Costituzione del 1948, sull'assetto autoritario dell'originario dettato normativo.

Sulla spinta degli enti esponenziali dell'economia reale (banche, associazioni di imprese) il legislatore è stato costretto ad intervenire nella materia dell'insolvenza confrontandosi con il profondamente mutato contesto socio-economico attuale, che non trovava più risposte efficienti nella legge fallimentare del 1942.

Si è così giunti ad una prima riforma nel 2006 (con il D.Lgs. 5/2006) alla quale ha fatto seguito una (limitata) correzione nel 2007.

Nell'ambito della riforma è scomparsa una procedura concorsuale c.d. minore (l'amministrazione controllata), è stato profondamente modificato il concordato preventivo (reso più flessibile) e sono stati introdotti strumenti alternativi di risoluzione delle crisi aziendali (accordi di ristrutturazione, piani attestati di risanamento) ritenuti più confacenti alle esigenze del mercato, anche alla luce delle esperienze di altri ordinamenti.

Non è possibile in questa sede approfondire il contenuto della riforma al di là dei limiti segnati dagli argomenti specificamente esaminati (l'insolvenza nel gruppo societario e la gestione negoziata dalle crisi d'impresa).

Un dato, peraltro, prevale su tutti e connota l'intervento riformatore: adeguandosi alla visione fatta propria dagli ordinamenti ad economia avanzata la gestione dell'insolvenza non è più considerata strumento di controllo dell'estinzione dell'impresa e di distribuzione del residuo attivo ai creditori, ma una fase (patologica) della vita dell'impresa, alla quale, nei limiti del possibile, deve essere concessa la possibilità di una "nuova partenza" ("new start" secondo l'impostazione tipica degli U.S.A.) nell'interesse dei creditori e del mercato.

Il fallimento, tipica procedura liquidatoria che estingue l'impresa, non è più la scelta obbligata di fronte all'insolvenza, almeno nella misura in cui ciò non coincide con la scelta della maggioranza dei creditori, ai quali – nei limiti consentiti dall'ordinamento e di cui si accennerà nel prosieguo – è affidato l'onere di una scelta responsabile.

In questo mutato quadro normativo si aprono diverse, nuove prospettive di indagine.

Tra queste, due sembrano particolarmente significative:

- (i) l'insolvenza nel gruppo societario e
- (ii) la risoluzione negoziata delle crisi aziendali.

A questi due temi sono dedicate le sintetiche considerazioni che seguono.

2. L'INSOLVENZA NEL GRUPPO SOCIETARIO

Nell'ordinamento italiano il "gruppo societario" è tendenzialmente nozione economica e certamente esso non rappresenta un autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche: non è quindi un ente dotato di autonoma soggettività.

Secondo le più accreditate definizioni il "gruppo" di società "è una aggregazione di imprese societarie formalmente autonome e indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate ad una direzione unitaria"¹.

Si tratta quindi di una pluralità di società tra loro coordinate attraverso una direzione unitaria che persegue un interesse unitario ("l'interesse del gruppo") attraverso svariate forme di controllo (orizzontale o verticale) che orientano l'attività delle singole imprese societarie verso il perseguimento di un obiettivo comune.

Il controllo attraverso l'assunzione di partecipazioni al capitale sociale è la forma più tipica, ma non l'unica, in cui si configura il gruppo di società: esso può sussistere anche per effetto di particolari vincoli contrattuali che legano una società ad altre.

Ma è la direzione unitaria, operata dalla società capogruppo (anche attraverso più società sub-holdings) che connota la rile-

¹ Per un sintetico, ma chiaro, quadro di riferimento v. L. ABETE, *L'insolvenza nel gruppo e del gruppo*, in *Il Fall.*, 2009, 1111 ss. ed ivi i necessari richiami di dottrina e giurisprudenza sulla nozione di gruppo.

vanza giuridica del gruppo di società: essa si concreta in un sistematico coordinamento, anche sotto il profilo amministrativo e finanziario, della gestione delle attività delle singole società appartenenti al gruppo.

La nozione di direzione unitaria ha assunto un autonomo rilievo giuridico nell'ambito della riforma del diritto societario del 2003, potendo derivare conseguenze risarcitorie in capo alla società capogruppo nell'ipotesi di abuso dei poteri di coordinamento, direzione e controllo di altre società, per i pregiudizi derivati ai creditori di queste ultime (art. 2497 c.c., nuovo testo).

Ma, pur rinvenendosi in diverse norme, specialmente delle discipline di settore (bancario, assicurativo, finanziario e di tutela della concorrenza, per citare i principali), frammenti di disciplina di taluni aspetti del gruppo societario, difetta ancora nel nostro ordinamento una disciplina unitaria di tale fenomeno.

L'assenza di una specifica disciplina giuridica destinata a regolare, sotto tale profilo, i vari aspetti del fenomeno del gruppo societario si riverbera naturalmente anche nella prospettiva delle procedure concorsuali.

Dalla constatazione che ciascuna società, ancorché inserita nell'ambito di un gruppo, conserva la propria autonoma soggettività giuridica (se società di capitali, personalità giuridica) ed autonomia patrimoniale (imperfetta se società personale, perfetta negli altri casi) discende, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, che lo stato di insolvenza deve essere accertato con riferimento alla situazione economico-patrimoniale di ciascuna società, singolarmente considerata².

Ciò significa, di fatto, che l'insolvenza nel gruppo di società è affrontata "atomisticamente", con riguardo a ciascuna società che appartiene al gruppo, con evidenti diseconomie ed accentuate conflittualità intra-gruppo, e gestita - in ipotesi - da molteplici tribunali fallimentari (e curatori) a seconda della sede legale (o effettiva) di ciascuna società insolvente.

² Cfr. per tutte, Cass. 16 luglio 1992 n. 8656 in *Dir. Fall.* 1993, II, 381. In dottrina v. L. ABETE, *L'insolvenza nel gruppo*, cit., 1115; F. CORSI, *Fallimento e gruppi*, in *Il Fall.*, 1999, 739; M. MAIENZA, *Effetti dell'insolvenza nell'ambito del gruppo societario*, *ivi*, 1996, 88; M. FABIANI, *Il gruppo di imprese nel fallimento e nelle procedure concorsuali*, *ivi*, 1995, 493; F. GUERRERA, *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2005, I, 16; M. STELLA RICHTER JR., *Procedure concorsuali e gruppi di imprese*, in *Riv. del Notariato*, 2000, 5, 1051; M. FABIANI, *La legge fallimentare e l'insolvenza dei gruppi societari*, in *Il Fallimento*, 1998, 901.

In questa prospettiva, tra l'altro, si evidenziano rilevanti risvolti anche dal punto di vista penalistico, ben potendo le operazioni infragrupo assumere i connotati della distrazione patrimoniale punita a titolo di bancarotta fraudolenta ex art. 216 l.f.³.

Nonostante l'evidente esigenza di una disciplina del gruppo societario, quanto meno sotto il profilo concorsuale, il tema non è stato affrontato dalla riforma della legge fallimentare del 2006 (né nell'appendice ad essa del 2007) e il fenomeno è rimasto privo di regole specifiche, pur necessarie⁴.

Per la verità, ferma restando l'assenza di una disciplina generale in ambito fallimentare (così come, del resto, in ambito societario) il gruppo societario insolvente compare – in modo asistematico e frammentario – nell'ambito della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi.

3. (SEGUE) FRAMMENTARIETÀ DELLA DISCIPLINA E SPUNTI RICOSTRUTTIVI

Già nel 1979, nel primo intervento legislativo inteso a regolare l'insolvenza delle grandi imprese mediante la loro sottoposizione ad una nuova procedura concorsuale (l'amministrazione straordinaria) connotata dalla vigilanza e dal controllo da parte della Pubblica Amministrazione, attraverso il Ministero dell'Industria, il gruppo societario assume rilievo, sia pure limitato.

Il rilievo giuridico assegnato al gruppo, infatti, era funzionale alla estendibilità ad altre società controllate o collegate, o sottoposte alla medesima direzione unitaria, della procedura di amministrazione straordinaria alla quale fosse assoggettata la capogruppo, ancorché le altre società insolventi non rientrassero nei parametri dimensionali di tale procedura.

³ L'opinione prevalente è quella secondo la quale il trasferimento di risorse infragrupo, ovvero fra società appartenenti allo stesso gruppo imprenditoriale, specialmente quando venga effettuato a vantaggio di una società già in difficoltà economiche, non è consentito e deve essere qualificato come vera e propria distrazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 216 della Legge fallimentare. In argomento v. E. CODAZZI, *Bancarotta fraudolenta e vantaggi compensativi: alcune riflessioni sul concetto di distrazione nei gruppi*, in *Giur. Comm.*, 2008, 765. La Cassazione, ancora recentemente, ha ribadito che il collegamento societario ha natura meramente economica e non scalfisce il principio di autonomia della singola persona giuridica: cfr. Cass. Pen. 17 dicembre 2008 n. 1137.

⁴ In argomento v. L. PANZANI, *Soggetto e presupposto oggettivo*, in *Il Fall.* 2006, 1009; G. Lo CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, 236.

Con il successivo intervento del 1999 (D.Lgs. n. 270) l'insolvenza nel gruppo (non del gruppo) ha trovato una più dettagliata disciplina che tende ad attrarre al Tribunale che ha dichiarato l'apertura della prima procedura di una società del gruppo (c.d. "procedura madre") le procedure aperte nei confronti di altre società insolventi appartenenti al gruppo.

Ulteriori regole, introdotte da successivi e più recenti provvedimenti in materia (del 2004 e del 2008), favoriscono la gestione unitaria delle varie procedure di insolvenza anche attraverso la nomina degli stessi organi.

Ma, senza entrare nel dettaglio della disciplina, un dato emerge su tutti: le varie procedure di insolvenza che interessano società appartenenti al gruppo restano distinte, e così, di conseguenza, le singole masse attive e passive.

Allo stato attuale della disciplina concorsuale italiana, quindi, non può parlarsi di "insolvenza del gruppo societario" ma deve invece argomentarsi di effetti dell'insolvenza nel gruppo.

E ciò non è sorprendente, in carenza di soggettività giuridica del gruppo, che non è un autonomo centro di imputazione di situazioni giuridiche attive e passive.

La disciplina concorsuale, finalizzata a regolare la fase patologica dell'impresa divenuta insolvente, non è in grado di superare l'autonomia patrimoniale perfetta che caratterizza ciascuna società del gruppo (ovviamente se si tratta di una società di capitali) e di conseguenza l'insensibilità del patrimonio di una società rispetto alle vicende che interessino quello di un'altra società, pur appartenente al medesimo gruppo.

In caso contrario si avrebbe un inammissibile pregiudizio alle ragioni dei creditori di ciascuna singola società del gruppo, che hanno legittima aspettativa di soddisfarsi (essi soli) sul patrimonio della propria debitrice.

Una gestione coordinata ed unitaria della insolvenza nel gruppo è il massimo traguardo oggi perseguibile.

Una disciplina organica della insolvenza del gruppo, seppure sotto molti aspetti auspicabile, presuppone invece il riconoscimento di una "impresa di gruppo" in cui si fondano le singole attività

imprenditoriali esercitate dalle società del gruppo: soluzione allo stato non praticabile⁵.

Nonostante l'evidente opportunità (meglio, necessità) di un intervento legislativo di ampio respiro in tema di disciplina (fisiologica e patologica) del gruppo societario, da più parti sollecitato, deve registrarsi il fatto che l'argomento non risulta affrontato nemmeno nell'ambito delle iniziative di riforma dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi di cui al disegno di legge n. 1741 presentato dal governo in data 2 ottobre 2008⁶.

Il silenzio delle ipotesi di riforma sul tema della insolvenza del gruppo societario è sorprendente, tenuto conto del fatto che statisticamente in quasi tutte le ipotesi di crisi di grande impresa si è in presenza di un gruppo societario.

Le attuali difficoltà che, dal punto di vista operativo, si frappongono ad una efficiente gestione della insolvenza nel gruppo societario sono quindi – in larga misura – figlie della mancanza di una organica disciplina del gruppo societario, sia dal punto di vista sostanziale che da quello concorsuale.

4. PROFILI PROBLEMATICI DELLA GESTIONE NEGOZIATA DELL'INSOLVENZA

La gestione negoziata delle situazioni di crisi aziendale, siano esse potenzialmente destinate a sfociare nell'insolvenza o già ascrivibili alla fattispecie "insolvenza" di cui all'art. 5 l.f., costituisce – non solo in Italia – la nuova frontiera del diritto concorsuale.

Sulla base della diffusa constatazione che la procedura fallimentare, pervasa dall'intervento della giurisdizione, mortifica le (residue) opportunità di ripresa dell'attività imprenditoriale e costituisce al contempo – in ragione della sua eccessiva durata – un ostacolo alla competitività, il legislatore della riforma del 2006 ha ridisegnato la procedura di concordato preventivo ed ha altresì indivi-

⁵ E in questo senso risulta priva di adeguato supporto normativo la tesi che intravede nel gruppo una sorta di "super-società di fatto" tra tutte le società del gruppo. Per una discussione sul tema v. L. ABETE, *op. cit.*, 1120 ss.

⁶ Per una illustrazione di tale iniziativa legislativa v. recentemente A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Le attuali prospettive di riforma in materia di amministrazione straordinaria*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, 175 s.s.

duato nuovi strumenti idonei a gestire la crisi dell'impresa ed alternativi alla procedura fallimentare.

L'obiettivo dichiarato della riforma è stato quello di ricondurre – per quanto possibile – la gestione della crisi d'impresa nell'ambito dell'autonomia privata, riducendo correlativamente gli spazi di intervento pubblicistico, attraverso la giurisdizione⁷.

Si è trattato di un lungo percorso che ha preso le mosse dalla constatazione di una diffusa prassi che a partire dagli anni '80 del secolo scorso aveva individuato negli accordi con il sistema bancario lo strumento privilegiato per la soluzione negoziata della crisi di imprese di notevoli dimensioni, e nel contempo aveva evidenziato diffuse criticità principalmente addebitabili alla mancanza di un quadro di riferimento normativo idoneo a scongiurare il rischio, in caso di insuccesso del piano di risanamento, di rilevanti conseguenze penali (ricorso abusivo al credito, distrazione) e civili (revocatoria di atti disposizione patrimoniale).

Ma il più grande ostacolo che si contrapponeva alla percorribilità di accordi finalizzati a rimuovere lo stato di insolvenza di una impresa era costituito dalla diffusa opinione che predicava l'indisponibilità dell'insolvenza.

Per la verità a partire dagli anni '90 del secolo scorso il fronte compatto che negava la possibilità di una rimozione dello stato di insolvenza attraverso strumenti negoziali si era incrinato, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza⁸.

La riforma, accentuando la "privatizzazione" della gestione della crisi d'impresa attraverso il negoziato tra il debitore e i creditori (anche una parte di essi) finalizzato a ricercare la migliore soluzione possibile del dissesto, consente – secondo la maggioranza degli interpreti – di ritenere superata la questione della (presunta) indisponibilità dell'insolvenza, anche se non mancano autorevoli inviti a considerare con prudenza la materia, che si presta a possibili distorsioni a danno della *par condicio creditorum*.

⁷ Per un'analisi della riforma e delle sue linee essenziali v. A. JORIO, "Le linee generali della riforma ... riformata", in "Il fallimento ... atto terzo: primi spunti di dottrina e giurisprudenza", a cura di L. PANZANI, 2008, pag. 13. G. MINUTOLI, "L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito" in "Il Fallimento", 2008, pag. 1047.

⁸ Per una lucida disamina del problema v. L. ROVELLI, I nuovi assetti privatistici nel diritto societario e concorsuale e la tutela creditoria, in Il Fall., 2009, 1029 ss., spec. 1033-34.

In questa prospettiva il dibattito si sposta su un altro piano, quello dei limiti dell'autonomia privata in una materia che *in re ipsa* coinvolge rilevanti profili di ordine pubblico economico e dei confini da assegnare all'intervento dell'autorità giudiziaria.

A questi aspetti sono dedicate le sintetiche considerazioni che seguono e che debbono necessariamente muovere da una breve descrizione degli strumenti che la riforma ha messo a disposizione dell'imprenditore in crisi (situazione assimilabile *ex lege* alla insolvenza) e dei suoi creditori.

5. (SEGUE) GLI STRUMENTI DI GESTIONE DELLA CRISI DI IMPRESA ED I LIMITI ALL'AUTONOMIA PRIVATA

Si è già evidenziato che la nuova disciplina della gestione della crisi di impresa privilegia un approccio ad essa di tipo privatistico, negoziale.

Di tale impronta risente, innanzi tutto, la riformata procedura di concordato preventivo, che resta una procedura concorsuale in senso stretto, sotto il controllo giurisdizionale sia nella fase di ammissione che in quella di omologazione, ma trova un rilevante spazio per l'autonomia privata, essendo tra l'altro eliminata la soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari e consentita la creazione di diverse classi di creditori, destinati ad essere soddisfatti in maniera diversa (ed è qui evidente il richiamo alla procedura di cui al *Chapter 11* dell'*U.S. Bankruptcy Code*).

In estrema sintesi, secondo l'art. 160 legge Fallimentare, l'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma.

Le statistiche evidenziano un chiaro successo della riforma nel crescente utilizzo del concordato preventivo. Infatti, dopo l'introduzione della nuova disciplina, il ricorso ai concordati da parte delle società di capitali è quasi triplicato⁹.

⁹ Passando da un numero compreso fra tra le 100 e le 150 unità nel periodo 2005/2007, ad oltre 300 nel 2008 e nei primi mesi del 2009 si contavano già 186 concordati preventivi. Fonte "I fallimenti in Italia e in Europa", in "I Rapporti Cerved sulle Imprese Italiane", Maggio 2009, disponibile su www.cerved.it.

Il decreto correttivo (D.Lgs. n. 169/07), introducendo una disposizione che consente espressamente il trattamento in percentuale anche dei crediti privilegiati (nuovo art. 160 della legge Fallimentare) ha rimosso, come auspicato da dottrina e giurisprudenza, il principale ostacolo che impediva il ricorso al concordato preventivo.

Infine, la dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato non comporta più la dichiarazione di fallimento d'ufficio.

Si tratta anche in questo caso di una novità di grande rilievo, poiché con essa si manifesta il deciso contenimento dell'intervento pubblicistico nella crisi dell'impresa: in assenza di iniziativa di parte (il debitore, un creditore o il Pubblico Ministero) il giudice non ha il potere di dichiarare il fallimento quale automatica conseguenza della constatazione dello stato di insolvenza.

Del tutto nuovo è invece "l'accordo di ristrutturazione dei debiti" che costituisce il principale strumento che il legislatore offre all'autonomia privata per giungere ad una composizione negoziale dell'insolvenza.

Ai sensi dell'art. 182-*bis* l.f. il debitore può depositare un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un esperto sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

Gli accordi di ristrutturazione, come dimostrato dalle rare decisioni giurisprudenziali reperibili, sono (ancora) pochi.

Un ostacolo all'utilizzazione è rappresentato dall'impossibilità di applicare all'accordo di ristrutturazione la disciplina fiscale del concordato preventivo.

Altro grande ostacolo era rappresentato dal fatto che l'art. 182-*ter* escludeva espressamente che l'accordo di ristrutturazione potesse riguardare i debiti tributari.

Il decreto correttivo ha rimosso questo secondo ostacolo, inserendo alcune tutele a favore del credito tributario assistito da privilegio, creando vincoli e limitazioni non previsti per gli altri crediti.

Si è anche precisato precisato che legittimato all'accordo è l'imprenditore in crisi (che a norma dell'art. 160, ultimo comma, l.f. comprende anche lo stato di insolvenza).

Un'altra importante novità è la previsione che l'idoneità dell'accordo deve, ora, essere attestata da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, 3° comma, lettera d) l.f.

La novità più rilevante, comunque, è che nei sessanta giorni dalla proposizione della domanda i creditori per titolo a causa anteriore alla stessa domanda non possono iniziare o proseguire azioni cautelari sul patrimonio del debitore (lo stesso termine previsto per la conclusione della procedura di omologazione).

Un problema è rappresentato dal fatto che la norma non prevede la possibilità di prorogare detto termine nel caso in cui il giudizio di omologazione, a causa di eventuali impugnazioni o di esperimento di mezzi istruttori, abbia una durata più lunga.

Nulla si dice circa la natura giuridica dell'accordo, sulle conseguenze dell'inadempimento anche parziale, sull'ammissibilità di azioni di annullamento per vizi di volontà e sulla riferibilità all'accordo della disciplina civilistica.

La dottrina ritiene che l'accordo abbia natura essenzialmente privatistica, nonostante il necessario decreto di omologazione (elemento di natura pubblicistica). Sul punto si è affermato che anche nel sistema privatistico l'autonomia negoziale non è illimitata ed è soggetta a controlli esterni.

Se l'accordo è stipulato con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti può conseguire l'omologazione da parte del tribunale, ove consti l'idoneità del piano di risanamento ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

Sono qui evidenti le peculiarità di tale strumento che, da un lato, non è obbligatorio per tutto il ceto creditorio, ma solo per coloro che aderiscono all'accordo, e, da altro lato, consente pagamenti preferenziali, non soggetti alla disciplina del concorso, in favore dei creditori estranei all'accordo, ipotesi che in passato era pacificamente riconducibile al paradigma della bancarotta preferenziale, in caso ovviamente di successivo fallimento.

Ulteriore strumento di natura privatistica di superamento della crisi d'impresa è costituito dal "piano di risanamento attestato" menzionato all'art. 67, 3° comma, lett. d) l.f.

Si tratta di un fenomeno che fuoriesce dal paradigma delle procedure concorsuali non soltanto per il fatto che esso non è soggetto ad alcuna forma di pubblicità né di omologazione da parte del tribunale, ma anche perché non prevede la necessaria partecipazione dei creditori.

Se il piano, o meglio la ragionevolezza di esso al fine di rimuovere la crisi d'impresa, è attestato da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dell'art. 28, lettere a) e b) l.f., gli atti compiuti in applicazione del piano

non sono soggetti all'azione revocatoria in caso di successivo fallimento.

Secondo la dottrina, tanto "l'accordo di ristrutturazione" quanto il "piano attestato" presentano problemi comuni, che risentono della loro matrice privatistica:

(i) La maggior parte delle situazioni di crisi riguarda le piccole imprese (che costituiscono il tessuto connettivo della nostra economia) nella quali i creditori (la cui collaborazione è fondamentale in queste procedure) hanno scarso interesse ad impegnarsi;

(ii) In generale, la correttezza dei negoziati postula una simmetria di informazioni difficilmente rinvenibile nella prassi;

(iii) Tali istituti non sono adatti a rappresentare interessi superindividuali o pubblici come ad esempio la tutela dell'occupazione;

(iv) Il potere di gestione della crisi non viene affidato ai creditori, ma soltanto ad alcune categorie di essi (quelle più forti)¹⁰.

Con specifico riferimento all'"accordo di ristrutturazione", poi, sono stati posti in evidenza due profili critici di notevole importanza.

Da un lato, la problematica fiscale conseguente alla parziale remissione dei debiti conseguenti all'accordo: la parte oggetto di remissione, infatti, costituirebbe sopravvenienza attiva tassabile in capo al debitore, non essendo richiamata - con riferimento a tali accordi - la disposizione tributaria di cui all'art. 88, comma 4, del Testo Unico dell'Imposta sui redditi, che non considera sopravvenienza attiva la riduzione del debito dell'impresa in sede di concordato preventivo e fallimentare.

La questione, peraltro, è controversa poiché alla posizione del Fisco, nel senso sopra ricordato, si contrappone una diversa tesi che si fonda sulla stretta analogia della fattispecie rispetto a quella prevista dalla legge fiscale, risultando così ingiustificata la diversità di trattamento.

Dall'altro lato, i finanziamenti necessari per l'esecuzione dell'accordo non sono prededucibili in caso di successivo fallimento¹¹.

¹⁰ Per una ricognizione di tali profili problematici v. C. MINUTOLI, *op. cit.*, 1051.

¹¹ Per un approfondimento di queste tematiche e, più in generale, del contenuto degli accordi ex art. 182 bis legge fall., v. recentemente R. RAIS, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, 290, ss. spec. 316 ss..

6. IL RUOLO DELLE CORTI

Descritte, nei sommari termini che precedono, le principali caratteristiche degli strumenti oggi offerti dal legislatore al fine di una soluzione negoziata delle crisi di impresa, e ricordato che la riforma è caratterizzata da un deciso contenimento dell'intervento di matrice pubblicistica costituito dal controllo giurisdizionale, occorre ora brevemente esaminare i limiti dell'intervento del giudice nella materia considerata.

Con riferimento al concordato preventivo le nuove disposizioni non prevedono più un giudizio del tribunale in ordine alla meritevolezza del debitore ad accedere al beneficio del concordato e riducono considerevolmente l'area oggetto di sindacato da parte del giudice.

Anche l'aspetto della convenienza della proposta concordataria per il ceto creditorio è sostanzialmente rimesso a quest'ultimo, essendo stata eliminata la soglia minima del 40% di soddisfacimento dei creditori chirografari e consentita anche una soltanto parziale soddisfazione dei creditori privilegiati, nonché la previsione di classi differenziate di creditori che rappresentino interessi omogenei.

Vi è quindi, nell'ambito del concordato preventivo, un considerevole ampliamento dell'ambito dell'autonomia privata, ma non sembra che l'istituto, alla luce della riforma, abbia perso la natura di procedura concorsuale in senso stretto, in quanto tale caratterizzato da una gestione "eterodiretta" (da parte del tribunale) della crisi d'impresa¹².

Ma i margini di intervento del giudice nel merito della proposta concordataria sono molto più ristretti rispetto alla disciplina ante-riforma.

Una recente decisione della Corte di Appello di Roma, ad esempio, ha ritenuto che, ai fini della ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo, al Tribunale compete esclusivamente il controllo sulla veridicità e correttezza dei dati esposti nella relazione dell'esperto e che la certificazione, da parte di

¹² Particolarmente interessanti sono, a questo proposito, le considerazioni di autorevole dottrina: cfr. G. LOCASCIO, *Le nuove procedure di crisi (...)*, cit., spec. 996 ss.. Lo stesso A., in un più recente contributo, evidenzia l'ambiguità della riforma che sia nel dato letterale che nella sua interpretazione da parte della giurisprudenza sembra tradire lo spirito che la muoveva e che era indirizzato verso una più moderna visione degli strumenti concorsuali: cfr. G. LOCASCIO, *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2010, 385 ss., spec. 391.

quest'ultimo, in ordine alla fattibilità del piano di risanamento non sia affetta da vizi di illogicità¹³.

L'attività di controllo da parte del giudice è quindi tendenzialmente ascrivibile al piano della legittimità della proposta concordataria, senza espandersi al diverso piano delle valutazioni di merito che sono oggi in misura molto maggiore che nel passato demandate ai creditori dell'impresa insolvente.

Criteri non dissimili sono utilizzati anche con riferimento al procedimento di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Più precisamente l'orientamento giurisprudenziale che si va consolidando in materia distingue, quanto ai poteri di indagine e di controllo del giudice sul contenuto dell'accordo proposto dal debitore ai propri creditori, due distinte fattispecie.

La prima riguarda la mancanza di opposizioni alla omologazione dell'accordo: in questo caso, in presenza di una relazione dell'esperto che attesti la attuabilità del piano proposto dal debitore e che si presenti provvista dei necessari requisiti di analiticità e razionalità argomentativa, il controllo del tribunale avviene sul piano astratto e si risolve sostanzialmente in una verifica di mera legittimità della corrispondenza della fattispecie al paradigma normativo.

Nell'ipotesi invece in cui vi siano opposizioni alla omologazione il controllo da parte del tribunale subisce una inevitabile estensione che riguarda nel merito gli specifici aspetti di inattuabilità del piano proposto dal debitore che derivino dalle critiche concrete e specifiche articolate dagli oppositori¹⁴.

Da quanto in precedenza evidenziato emerge allora il ruolo fondamentale che, ai fini della omologazione dell'accordo, è rivestito

¹³ Cfr. App. Roma, 18 aprile 2009, in *Dir. Fall.*, 2010, II, 188 ss., con nota di S. PESUCCI, *Poteri e limiti del tribunale nella fase di ammissione al concordato preventivo*. Nello stesso senso, più recentemente, App. Bologna, 12 gennaio 2010, inedita.

¹⁴ L'orientamento illustrato nel testo risulta dalle più rilevanti pronunce giurisprudenziali in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti ed in particolare è enunciato dal Tribunale di Milano nel decreto 10 novembre 2009 relativo al caso della società *Risanamento Spa*, edito in *Dir. Fall.*, 2010, II, 205 ss., con nota di G. M. PERUGINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: omologazione richiesta da gruppi societari e condizioni di attuabilità (il caso Risanamento)*. *Prime considerazioni*.

Più recentemente lo stesso Tribunale di Milano, a fronte di opposizioni ritenute fondate, con decisione in data 25 marzo 2010, inedita, ha dichiarato inammissibile e comunque ha respinto un ricorso diretto ad ottenere l'omologazione degli accordi di ristrutturazione del debito giudicando nel merito insussistente la possibilità di superare lo stato di crisi attraverso l'accordo sottoposto ad omologazione.

dalla attestazione dell'esperto in ordine alla attuabilità di tale accordo e del piano di risanamento che ne costituisce l'oggetto.

Tanto più sarà coerente e logico il parere reso dall'esperto, tanto meno si espanderà il controllo da parte del giudice.

7. CONCLUSIONI

Le considerazioni svolte in precedenza con riferimento a due profili attuali della evoluzione del diritto fallimentare in Italia, riferiti rispettivamente alla insolvenza nel gruppo societario ed alla risoluzione negoziata delle crisi di impresa, consentono di trarre talune sintetiche conclusioni.

Per quanto riguarda i profili dell'insolvenza nell'ambito di un gruppo societario la persistente carenza di una disciplina organica del gruppo di società tanto sotto il profilo del diritto sostanziale, quanto e di conseguenza sotto quello del diritto concorsuale, impedisce una efficace disciplina della insolvenza del gruppo, essendo frammentarie le norme che regolano taluni aspetti della fattispecie.

Da ciò consegue la constatazione che, allo stato attuale della legislazione, si deve argomentare in termini riduttivi, nel senso che oggetto di disciplina sono gli effetti della insolvenza nel gruppo e non già la insolvenza del gruppo.

Da tempo la dottrina segnala la necessità di un intervento organico del legislatore, ma tanto la riforma della legge fallimentare del 2005 e del 2007, quanto le ipotesi di riforma della amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi formulate dal Governo nell'autunno 2008 non contengono alcuna disposizione sull'argomento.

Si tratta di un grave limite alla competitività del sistema che si traduce, sul piano pratico, nella estrema difficoltà di una gestione efficiente dell'insolvenza nell'ambito dei gruppi societari e quindi in un danno per il ceto creditorio.

Per quanto riguarda il secondo profilo oggetto di indagine, relativo alla composizione negoziale delle crisi di impresa, pur essendo innegabile lo sforzo del legislatore finalizzato a consentire la gestione (del rischio) dell'insolvenza attraverso strumenti privatistici, limitando l'intervento pubblicistico attraverso il giudice, si evidenziano tuttora rilevanti criticità.

La nuova disciplina del concordato preventivo ha certamente ampliato gli spazi dell'autonomia privata nella gestione della crisi

dell'impresa (ad esempio eliminando la rigida soglia di soddisfacimento minimo per i creditori chirografari e consentendo la creazione di classi di creditori aventi interessi omogenei), ma non ha raggiunto pienamente l'obiettivo, che pure era sollecitato dal mercato, di una effettiva privatizzazione della procedura.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, per parte loro, costituiscono indubitabilmente un significativo riconoscimento degli spazi di autonomia privata nella gestione delle crisi di impresa, funzionale al rilancio dell'attività nell'interesse anche del ceto creditorio.

Anche rispetto ad essi, peraltro, si manifestano momenti di criticità non tanto sotto il profilo dell'intervento del giudice, che è tendenzialmente limitato ad un controllo di legittimità e non di merito, quanto per la mancanza di coordinamento delle nuove norme con la disciplina tributaria, che risulta penalizzante in quanto non sembrerebbe consentire di escludere la rilevanza fiscale delle sopravvenienze attive conseguenti alla remissione di debiti prevista negli accordi, in difformità dalla neutralità fiscale di tali sopravvenienze riconosciuta con riferimento al concordato preventivo ed a quello fallimentare.

I piani di risanamento attestati, infine, sembrano destinati ad avere una rilevanza limitata, in quanto gli effetti di essi si risolvono sostanzialmente nella esenzione dall'azione revocatoria degli atti di disposizione patrimoniale previsti nel piano attestato.

Essi tuttavia possono anche prescindere da un accordo con i creditori, non sono soggetti ad alcuna forma di pubblicità né di controllo giurisdizionale e non offrono una adeguata protezione nell'ipotesi di successivo fallimento.

Emerge, in ogni caso, un evidente segnale del legislatore inteso a promuovere una nuova visione delle crisi di impresa attraverso la valorizzazione degli spazi di autonomia privata che siano idonei a prevenire l'insolvenza e ad evitare conseguentemente il fallimento, nell'ambito del quale l'esperienza pratica insegna che gli interessi dei creditori tendono ad essere sacrificati dalla gestione eterodiretta della procedura di insolvenza.