

Commissioni riunite II (Giustizia) e X (Attività produttive)

**Indagine conoscitiva
sul riordino della legislazione in materia
di gestione delle crisi aziendali**

Magda Bianco
Servizio Studi di struttura economica e finanziaria

Monica Marcucci
Consulenza Legale

Banca d'Italia

Camera dei Deputati
4 maggio 2010

1. La riforma del diritto fallimentare e la sua implementazione

Un buon disegno del diritto fallimentare è essenziale per il funzionamento di un'economia, può influire sulla competitività e sulla capacità di crescita.

L'aumento della produttività di un sistema economico è assicurato sia attraverso la crescita delle imprese sul mercato, sia dal processo di entrata ed uscita dal mercato delle imprese, grazie all'espulsione di quelle meno produttive e all'ingresso di quelle nuove, più efficienti. Perché il processo operi efficacemente, devono essere contenute le barriere all'entrata, gli oneri burocratici e amministrativi per l'apertura delle imprese; deve essere facilitato il processo di uscita delle imprese o di riallocazione e riorganizzazione delle risorse ancora in grado di produrre valore.

E' a quest'ultima finalità che contribuisce un buon diritto fallimentare. Nel ridurre i costi dell'uscita dal mercato, nell'accrescere le possibilità di ristrutturazione di imprese in difficoltà temporanea esso può infatti rappresentare un fattore di competitività. L'importanza di questi processi riallocativi e di riorganizzazione del sistema delle imprese è stata evidenziata dalle vicende del passato decennio, in cui l'economia italiana ha stentato a crescere ma in cui primi segnali di ammodernamento delle imprese sono emersi¹ ed è tanto più importante oggi, quando si intravede l'uscita dalla grave crisi finanziaria internazionale, una crisi che comunque vedrà l'esigenza per molte imprese di adeguarsi a nuovi flussi di commercio e nuove opportunità di mercato.

Nello stesso senso opera anche la finalità immediata d'un buon diritto fallimentare, l'offrire adeguata tutela ai creditori. Garantire tale tutela è un valore intrinseco, che è però anche strumentale all'accrescimento della disponibilità di credito ed al calmieramento del suo costo², nonché allo sviluppo di strumenti finanziari innovativi (*venture capital, private equity*, tipicamente caratterizzati da un'alta percentuale di insuccesso) importanti proprio per il processo di ricambio del sistema delle imprese.

La riforma avviata nel 2005 e portata a compimento con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ha previsto strumenti nuovi, volti ad incentivare la ristrutturazione (piani di risanamento e accordi stragiudiziali), ha ammodernato la disciplina del concordato preventivo, ha riformato la fase di liquidazione consentendo al curatore e ai creditori margini di manovra

¹ Si veda A. Brandolini, M. Bugamelli (2009), a cura di, Rapporto sulle tendenze nel sistema produttivo italiano, Questioni di economia e finanza n. 45, Banca d'Italia.

² Si veda S. Djankov, O. Hart, C. McLiesh, A. Shleifer (2008), Debt enforcement around the world, Journal of Political Economy.

più ampi. Ha razionalizzato la disciplina delle revocatorie, riducendo il periodo sospetto ed esentando talune tipologie di operazioni.

Sono possibili ulteriori miglioramenti, anche alla luce dell'effettivo utilizzo degli strumenti e della loro efficacia, sebbene le valutazioni riguardo a questo aspetto non possano che essere ancora preliminari.

I dati ottenuti attraverso le camere di commercio offrono alcuni iniziali spunti di lettura. Per molti versi la crisi è stata in effetti un “banco di prova” del nuovo diritto.

Negli ultimi due anni, per effetto della crisi economica, sono cresciuti in misura significativa i fallimenti: nel 2008 sono state aperte il 22 per cento di procedure fallimentari in più che nel 2007³, nel 2009 esse sono cresciute di un ulteriore 23 per cento (figg. 1 e 2). Si tratta di imprese prevalentemente piccole, soprattutto manifatturiere e del comparto delle costruzioni (fig. 3), localizzate in misura maggiore nel Nord del paese (fig. 4). Se questa evoluzione è, purtroppo, un segnale preoccupante della severità della crisi, un elemento di interesse – ai fini della valutazione della riforma – è la crescita dei concordati preventivi: del 34 per cento nel 2008 rispetto al 2007, addirittura del 62 per cento nel 2009 rispetto al 2008 (fig. 5). Le imprese che hanno fatto ricorso al concordato sono mediamente più grandi di quelle entrate in fallimento, più concentrate in alcuni settori (tessile, meccanica, metallurgia, figg. 6-7) e in alcune aree (Lombardia, Veneto, Toscana, fig. 8).

E' ancora complesso offrire giudizi analitici: emergono sia elementi positivi, sia alcune incertezze. Tra i primi si segnala una riduzione della durata delle procedure, in particolare con riguardo ai concordati preventivi, per i quali la percentuale di quelli che si conclude entro un anno è in media cresciuta (fig. 9); tra i secondi va valutata la percentuale di imprese che “sopravvive” a un concordato: elaborazioni preliminari⁴ suggeriscono che dopo un anno dall'*apertura* del concordato siano ancora sul mercato circa il 30 per cento delle imprese, dopo due anni poco meno; se si considera la *chiusura* del concordato, a un anno dal termine sono sul mercato circa l'85 per cento delle imprese, dopo due anni circa l'80 per cento. Una certa “mortalità” dopo un concordato può essere fisiologica (ed è stata riscontrata in altri sistemi dove istituti simili, quali il *Chapter 11* negli USA, sono comuni), specie in un periodo di difficili condizioni economiche generalizzate; le percentuali – soprattutto quelle riferite alla sopravvivenza dopo l'*apertura* - potrebbero

³ Solo in parte per effetto dell'entrata in vigore del decreto 12 settembre 2007 n. 169 (cd “correttivo”) che ha abbassato la soglia dimensionale per l'accesso alle procedure concorsuali (si veda M. Bianco, G. Romano, 2010, La selezione del mercato documentata dai dati delle imprese, *Global Competition. L'impresa italiana nell'economia globale*, n. 24).

⁴ Condotte su dati Infocamere.

peraltro essere un segnale di un utilizzo non ancora maturo, in quanto prevalentemente liquidatorio e non conservativo, dello strumento. A questo riguardo sono tuttavia necessari ulteriori approfondimenti, tuttora in corso.

2. I nodi mancanti

Come abbiamo sostenuto anche nelle recenti Relazioni Annuali, vi sono peraltro alcune aree che la riforma non ha toccato, nonché aspetti del diritto riformato che – anche alla luce della sua *performance* – potrebbero essere rivisti.

Disciplina dei reati fallimentari a amministrazione straordinaria sono due profili importanti su cui non è intervenuta la riforma.

Con riferimento alla prima sono ormai condivise le considerazioni sul fatto che l'assenza di una loro revisione rischia di attenuare l'efficacia della disciplina sostanziale. Di seguito (par. 4), si propongono alcune valutazioni sulle proposte contenute nel disegno di legge A.C. n. 1741.

Per ciò che riguarda la disciplina dell'amministrazione straordinaria, la mancanza di coordinamento tra le diverse normative vigenti e con la nuova legge fallimentare ne richiede una revisione complessiva. La sovrapposizione di discipline induce incertezze per i creditori e i fornitori delle grandi imprese in difficoltà. Potrebbe generare aspettative di ulteriori aggiustamenti ogni qualvolta si presentino casi rilevanti con caratteristiche parzialmente differenti da quelle previste nelle norme esistenti.

Oltre a rivedere queste due aree, andrebbe considerata l'introduzione di una disciplina del fallimento della persona fisica e del piccolo imprenditore. Sebbene nel confronto internazionale l'indebitamento delle famiglie italiane resti contenuto e, anche in questa fase congiunturale, non presenti elementi di criticità, esso è comunque in crescita negli ultimi anni (fig. 9). Il nostro paese resta l'unico nel contesto europeo ad essere privo di tale disciplina. La regolamentazione dovrebbe porre la necessaria attenzione ai rischi di comportamenti opportunistici per fornire uno strumento di "assicurazione" alle famiglie, senza indurre un eccessivo inasprimento delle condizioni di finanziamento.

Una volta colmate tali lacune, resterebbero alcuni ulteriori aspetti meritevoli di intervento, in un'ottica di razionalizzazione e maggiore efficacia della disciplina fallimentare generale. Di seguito se ne considerano alcuni di particolare rilevanza.

Il primo, di portata contenuta ma di estrema importanza, riguarda la disciplina del concordato preventivo, ancora migliorabile sul piano degli incentivi al raggiungimento di accordi che massimizzino l'interesse dei creditori. Le norme attuali richiedono la presenza di un piano di ristrutturazione già al momento di avvio della procedura e rischiano di rendere impraticabile o comunque più difficoltoso il negoziato fra le parti; lasciano infatti il debitore senza alcuna protezione proprio nella fase di elaborazione del piano, particolarmente delicata e complessa soprattutto per le imprese più piccole e meno attrezzate. Andrebbe pertanto considerata l'opzione di consentire che il piano di ristrutturazione non venga presentato contestualmente all'istanza di concordato, ma in un tempo ragionevole successivo ad essa, in modo da permettere al debitore di dedicarsi, opportunamente assistito, alla predisposizione di un piano di risanamento, al riparo dalle azioni esecutive e disgregatrici dei creditori.

Il secondo intervento, di portata più generale, dovrebbe essere quello di rendere disponibile a tutte le imprese, e non solo a quelle di grandi dimensioni, una disciplina specifica per la gestione della crisi nell'ambito dei gruppi, assicurando un adeguato coordinamento tra le procedure delle varie società controllate e consentendo soluzioni di risanamento che tengano conto della struttura di gruppo. L'esperienza mostra infatti che in presenza di gruppi societari caratterizzati da elevato livello di integrazione - diffusi nel nostro paese anche a livelli dimensionali non grandi⁵ - una gestione della crisi su base atomistica, con diverse procedure autonome per ciascuna delle imprese insolventi, può dare luogo a risultati non ottimali. E' impedita una adeguata considerazione delle interrelazioni reciproche fra le controllate e la holding; degli effetti che esse determinano sulla valutazione delle prospettive di risanamento delle singole imprese; della percorribilità delle diverse opzioni disponibili, anche in un'ottica di massimizzazione degli attivi del gruppo nel suo complesso (ferma restando la necessità di adeguati presidi a salvaguardia dei creditori delle singole imprese).

Senza sacrificare il principio cardine della autonomia giuridica e patrimoniale delle singole entità che compongono il gruppo, andrebbero introdotti strumenti volti ad assicurare il coordinamento tra le diverse procedure, sia in sede di avvio delle stesse (consentendo ricorsi congiunti da parte di più imprese del gruppo che individualmente

⁵ In Italia, quasi il 50 per cento delle imprese manifatturiere con oltre 50 addetti fa parte di un gruppo: oltre il 90 per cento di quelle con più di 1000 addetti, ma anche tra quelle che hanno tra 50 e 100 addetti oltre il 30 per cento fa parte di un gruppo.

soddisfano i requisiti previsti; stabilendo criteri di competenza atti ad attrarre le singole procedure dinnanzi allo stesso Tribunale); sia nel corso della relativa gestione (prevedendo la possibilità di nomina di un unico curatore o comunque forme di cooperazione in caso di nomina di soggetti diversi; stabilendo regole di coordinamento fra i diversi comitati dei creditori; nonché regole atte ad agevolare la concessione di nuova finanza e ad assicurare stabilità alle operazioni infra-gruppo non fraudolente).

Ciò consentirebbe anche di adeguare la disciplina fallimentare alle nuove disposizioni societarie che espressamente riconoscono i poteri di direzione e coordinamento della capogruppo, ne disciplinano le responsabilità, attribuiscono rilevanza all'interesse del gruppo come correttivo della valutazione di dannosità delle iniziative della controllante.

In tale quadro, tenendo conto delle più recenti iniziative internazionali che suggeriscono l'importanza di regole specifiche per l'insolvenza dei gruppi⁶, poco si giustifica che le sinergie e i guadagni di efficienza derivanti da un approccio unitario alla crisi nelle realtà di gruppo siano confinati alla disciplina dell'amministrazione straordinaria, della quale possono beneficiare soltanto i conglomerati che soddisfano determinate caratteristiche dimensionali.

Un ulteriore aspetto per il quale andrebbe considerato un intervento normativo è infine quello della nuova finanza alle imprese in crisi. La disciplina prevista per i meccanismi stragiudiziali di composizione della crisi non prevede misure che agevolino l'imprenditore in difficoltà nel reperimento di nuovi finanziamenti per far fronte alle spese operative durante il periodo occorrente alla predisposizione delle soluzioni negoziali⁷. In particolare, da un lato non sono previste tutele adeguate per coloro che apportano nuova finanza in tale fase; dall'altro l'imprenditore non beneficia di forme di moratoria che gli consentano di negoziare con i creditori un accordo di ristrutturazione o formulare un piano di risanamento al riparo dalle azioni esecutive, in un contesto in cui i valori aziendali siano adeguatamente salvaguardati.

⁶ Si fa riferimento, in particolare, al progetto avviato dall'Uncitral nel dicembre 2006 per la definizione di regole comuni per la disciplina dell'insolvenza dei gruppi di imprese, nell'ambito del quale sono in via di elaborazione sia raccomandazioni specifiche volte a promuovere l'armonizzazione sostanziale delle normative fallimentari nazionali in tema di gruppi, sia regole procedurali uniformi per favorire il coordinamento tra le giurisdizioni in caso di procedure riguardanti società appartenenti a gruppi transfrontalieri (si vedano i lavori del Working Group V e, in particolare: A/CN.9/WG.V/WP.92 – Add1 e Add2, consultabili sul sito www.uncitral.org).

⁷ La prassi mostra come l'accesso a finanziamenti-ponte sia sovente essenziale per conservare all'impresa in ristrutturazione prospettive di continuità aziendale; ciò anche in relazione alla circostanza che le imprese tendono a posticipare quanto più possibile il momento di emersione dello stato di crisi, rendendo infine improcrastinabile e urgente il reperimento di nuova finanza.

Per far fronte a queste esigenze, andrebbe considerata l'introduzione di una disciplina specifica dei finanziamenti interinali, che preveda, sulla base di un iter procedimentale predefinito: l'esenzione dalla revocatoria degli atti compiuti in relazione alla concessione e all'utilizzo del finanziamento ponte accordato nell'ambito di tale procedura; la sospensione delle azioni esecutive per un periodo di tempo strettamente limitato a quello necessario al perfezionamento del piano di risanamento o dell'accordo di ristrutturazione⁸.

3. L'amministrazione straordinaria: funzioni e disciplina

Dal punto di vista dell'analisi economica e giuridica, l'istituto dell'amministrazione straordinaria (estraneo ad altri ordinamenti) svolge una funzione nel facilitare la ristrutturazione di grandi e complesse strutture aziendali con potenziali esternalità significative, ove altri strumenti non siano disponibili o sufficientemente efficaci. Qualora le dimensioni economiche di un'impresa o di un gruppo di imprese fossero molto rilevanti, oppure i legami di sub-fornitura con un vasto indotto significativi, o ancora si tratti di un servizi pubblico a carattere essenziale, le esternalità sul resto del sistema economico di una procedura fallimentare poco efficiente potrebbero essere assai rilevanti con costi elevati per l'intero sistema economico.

A fronte di tali rischi il legislatore ha risposto storicamente con la previsione di una disciplina ad hoc sull'amministrazione straordinaria della grande impresa in crisi caratterizzata: dalla valorizzazione dell'intervento pubblico nella gestione della procedura; dalla rilevanza prioritaria della salvaguardia dei livelli occupazionali tra i criteri che debbono guidare nell'individuazione della strategia di superamento della crisi; dalla possibilità di una gestione unitaria delle insolvenze delle società del gruppo.

Per le grandissime imprese, inoltre, il d.l. 23 dicembre 2003 n. 347, convertito dalla legge 18 febbraio 2004 n. 39 (c.d. legge Marzano), come più volte modificata, ha ulteriormente rafforzato il ruolo dell'Autorità amministrativa nel tentativo di anticipare la gestione della crisi e ha introdotto una disciplina avanzata e innovativa del concordato per la ristrutturazione, modellata sul paradigma del *Chapter 11* statunitense. Questa disciplina – unanimemente ritenuta più efficace rispetto alla precedente - ha poi costituito il modello per la riforma del concordato preventivo e fallimentare nel 2005 e 2006.

⁸ Il tutto dovrebbe essere accompagnato da sufficienti presidi (ad es., certificazioni dei dati contabili; limiti quantitativi agli importi finanziabili; assenso di una elevata percentuale di creditori finanziari; verifica giudiziale dei requisiti, etc.) volti a tutelare tutti i creditori contro il rischio di comportamenti collusivi o comunque non adeguatamente ponderati.

Tale quadro normativo appariva adeguato in un contesto caratterizzato da una disciplina obsoleta del diritto fallimentare, che non introduceva adeguati incentivi a promuovere il risanamento dell'impresa.

Nel nuovo quadro, successivo alla riforma del diritto fallimentare, occorre chiedersi se tale impostazione abbia una ragion d'essere. Due le questioni centrali sotto tale profilo: quali strumenti della procedura vadano conservati, non trovando equivalenti nella legge fallimentare; come vadano disciplinati.

Per rispondere alle questioni sollevate appare necessario considerare che il nuovo disegno del diritto fallimentare generale contempla ora una serie di strumenti innovativi (in parte anche mutuati dalla stessa disciplina dell'amministrazione straordinaria), idonei a promuovere la conservazione dei valori dell'impresa e a comporre in misura adeguata il *trade off* tra flessibilità nella gestione della crisi (assicurata dagli ampi spazi di autonomia negoziale lasciati alle parti sia ai fini della ristrutturazione che a quelli della liquidazione) e tutela dei creditori (il cui ruolo risulta significativamente valorizzato). I miglioramenti di efficienza che tali strumenti possono realizzare sono significativi. Ove fossero affrontati i nodi mancanti la nuova legge fallimentare potrebbe essere adeguata anche alla gestione delle situazioni di crisi che colpiscono le grandi imprese.⁹

La disciplina dell'amministrazione straordinaria, nata storicamente come correttivo transitorio di un sistema del tutto carente, avrebbe nel mutato contesto una sua giustificazione solo in casi residuali, con riferimento ad imprese la cui insolvenza potrebbe produrre effetti sistemici, o potrebbe mettere a repentaglio interessi pubblici di primaria rilevanza, sì da richiedere adattamenti alla disciplina generale, anche al fine di assicurare un ruolo attivo (in termini di vigilanza, direzione e indirizzo politico sullo svolgimento della procedura) alle autorità preposte alla cura degli interessi minacciati¹⁰. Di adattamenti dovrebbe tuttavia trattarsi, concepiti cioè come singoli innesti in un quadro di disciplina che dovrebbe restare organico e non stravolto nei suoi canoni informativi e principi fondanti. In ogni caso, le deviazioni dalla regola generale non dovrebbero avere come obiettivo primario quello della salvaguardia dei livelli occupazionali. Quest'ultimo andrebbe conseguito attraverso un'adeguata struttura di ammortizzatori sociali e una

⁹ Una volta creata una procedura fallimentare efficace, atta a preservare i valori aziendali, non vi è infatti necessità di contemplarne più d'una: "se l'impresa in crisi ha un valore, essa dovrà essere conservata nell'interesse di tutti, sia quando è grande, sia quando è media, sia quando è piccola. Se invece non lo ha, essa va chiusa prima possibile, a prescindere dalla dimensione". Si veda L. Stanghellini, *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Il Mulino, 2007, 369.

¹⁰ E' evidente come la questione degli effetti sistemici, insieme alla peculiare natura degli interessi da tutelare, abbia portata differente nel sistema finanziario, come la recente crisi ha mostrato.

regolamentazione della crisi d'impresa che promuova l'efficiente allocazione delle risorse produttive, senza spostare sui creditori i costi sociali della sconfitta concorrenziale.

3.1. Quale disciplina

Le considerazioni esposte consentono di enucleare alcune indicazioni per la riforma della disciplina sulla crisi della grande impresa.

Su un piano generale, appare anzitutto operazione necessaria ed urgente quella di razionalizzare il complesso e frammentato insieme delle procedure concorsuali esistenti, frutto di interventi stratificati e disomogenei. Il processo di coordinamento dovrebbe tuttavia svolgersi in una duplice direzione: non solo fra le diverse attuali "varianti" dell'amministrazione straordinaria, ma anche fra queste e la legge fallimentare riformata, in modo da lasciare a quest'ultima il ruolo di disciplina generale e tendenzialmente completa dell'insolvenza. A tal fine l'operazione dovrebbe mirare, da un lato, ad arricchire le regole dell'amministrazione straordinaria di quegli istituti e di quelle tutele della riforma fallimentare (come ad esempio le più ampie soluzioni percorribili sia in sede concordataria che liquidatoria) dei quali le grandi imprese dovrebbero potersi giovare al pari delle piccole; dall'altro, ad esportare nel diritto fallimentare di base alcuni dei suoi contenuti più rilevanti (rielaborati in vista di una loro applicazione generale), come la disciplina del gruppo insolvente o le previsioni che consentono la presentazione di piani di ristrutturazione a procedura avviata.

Più nello specifico, quanto alle scelte da operare nell'ottica di una prima armonizzazione "interna" dell'amministrazione straordinaria, meritano particolare riconsiderazione i seguenti profili: quello dei requisiti soggettivi per l'accesso alla procedura, quello del ruolo da attribuire all'autorità giudiziaria, quello della tutela dei creditori, quello delle modalità procedurali di gestione della crisi, quello dell'ambito di esperibilità dell'azione revocatoria.

a) I requisiti soggettivi

La necessità di riservare un trattamento speciale ad imprese di natura sistemica o rilevanti per l'interesse pubblico pone l'esigenza di una appropriata capacità selettiva dei parametri attraverso i quali andrebbero individuate le "grandi imprese". Su tale punto il d.d.l. non fornisce tuttavia alcun criterio di delega, non indicando se la prospettata unificazione delle procedure debba scegliere fra i criteri attualmente previsti dal d.lgs. n. 270/1999 (Prodi-

bis) e dal d.l. 347/2003 (Marzano) e in tal caso quale di essi, o se debba prevederne di nuovi. Tali criteri sono attualmente disomogenei perché, pur facendo principalmente riferimento al numero di addetti (almeno 200 per la Prodi-bis e almeno 500 per la Marzano), hanno criteri di calcolo diversi (la singola impresa per la Prodi-bis e il gruppo di imprese per la Marzano), sì che in teoria un'impresa che non potrebbe accedere alla Prodi-bis può accedere alla Marzano, almeno originariamente pensata per imprese di rilevante dimensione. In tal modo, tuttavia, viene lasciata al legislatore delegato la determinazione di un elemento essenziale e qualificante della riforma in quanto suscettibile di sancire l'arretramento o, viceversa, l'espansione della legge speciale rispetto al fallimento. Sarebbe invece auspicabile fin d'ora esprimere una scelta chiara sul punto. Scelta che per le considerazioni generali sopra svolte, dovrebbe mirare a individuare le sole imprese di dimensioni tali da poter costituire, in caso di *default*, una seria minaccia per il sistema produttivo nazionale. Va considerato ad esempio che alcune stime condotte sulla base della Centrale dei Bilanci – prendendo in considerazione la dimensione dell'impresa come “unità giuridica” e quindi non tenendo conto dei gruppi - suggeriscono che, a fine 2008, sarebbero oltre 1.300 le società italiane che rientrano nei criteri di applicabilità del d.l. 347/2003 (“legge Marzano”). Ove si innalzasse la soglia basata sugli addetti da 500 a 1000, esse si ridurrebbero a circa 550.

b) Il ruolo dell'Autorità amministrativa.

Il Disegno di legge intende generalizzare le modalità di accesso alla procedura previste dalla c.d. legge Marzano abbandonando il sistema bifasico previsto dalla legge Prodi bis, che da un lato riserva al Tribunale la decisione circa l'apertura della procedura, dall'altro prevede che tale decisione sia presa all'esito di un periodo di osservazione sulla sussistenza di concrete prospettive di risanamento.

La scelta appare motivata dall'esigenza di consentire un avvio immediato della procedura, in modo da assicurare rapidi interventi sul piano gestionale, la cui importanza è tale da far sì che questi, per quanto drastici, possano essere adottati prima dell'approvazione dei piani di ristrutturazione e, talvolta, anche prima della stessa dichiarazione giudiziale dello stato di insolvenza. Sotto tale profilo si giustifica la proposta di eliminare la fase di osservazione, riducendo così anche i margini di incertezza sull'avvio della procedura e la realizzazione dei relativi effetti. Non sembra invece del tutto giustificata la scelta di sottrarre al Tribunale la decisione di accesso alla procedura, per riservarla al Ministro dello sviluppo economico. Le indiscutibili esigenze di celerità potrebbero infatti essere

adeguatamente soddisfatte senza sacrificio delle garanzie di tutela dei diritti che assicura il controllo del Tribunale, attribuendo a quest'ultimo il potere di disporre l'immediata apertura della procedura e di nominare i commissari (eventualmente previa consultazione del Ministro e comunque sulla base di requisiti di onorabilità e professionalità stabiliti a livello nazionale) sulla base della verifica dei presupposti soggettivi in capo all'imprenditore richiedente ed ancor prima dell'accertamento dello stato di insolvenza. Quest'ultimo, secondo l'esperienza degli scorsi anni, richiede tempi brevissimi quando sia lo stesso imprenditore a denunciarlo. Resta ferma la necessità di consentire un'immediata apertura solo quando l'istanza provenga dall'imprenditore. In tutti gli altri casi l'accertamento dello stato d'insolvenza è fondamentale a prevenire comportamenti opportunistici¹¹.

c) Il ruolo dei creditori

Il disegno in esame, pur esprimendo la necessità di superare la contrapposizione tra conservazione dei complessi produttivi (e salvaguardia dei livelli occupazionali) e tutela dei creditori, non esplicita alcuna forma di valorizzazione del ruolo dei creditori rispetto agli esiti della procedura.

Ogni decisione sul piano di risanamento è rimessa all'Autorità amministrativa; spazio limitato sembrerebbe lasciato alla possibilità di concludere accordi di ristrutturazione. Tale approccio si giustifica con la preminenza che riveste, nella procedura di amministrazione straordinaria, il perseguimento dell'interesse pubblico rispetto alla tutela degli interessi del ceto creditorio. Più equilibrato sarebbe tuttavia un sistema che attribuisse ai creditori un ruolo più pregnante ai fini della predisposizione del piano; che valorizzasse la protezione dei creditori fra i criteri prioritari per la decisione di approvazione.

d) Gli strumenti di gestione della crisi

Il disegno di legge delega intende razionalizzare e rendere più flessibili gli strumenti attuali. La possibilità di presentare contestualmente alla domanda di ammissione alla procedura un piano in cui si possa prevedere, anche cumulativamente, e non solo alternativamente come previsto dalla normativa attuale, la ristrutturazione, la cessione e

¹¹ In tale logica, al Tribunale andrebbe attribuita, in sede di accertamento dello stato di insolvenza della capogruppo, anche la decisione di estensione della procedura alle altre società del gruppo, previa verifica del loro stato di insolvenza. Il coinvolgimento di queste ultime nella procedura potrebbe essere invece disposto immediatamente con il provvedimento iniziale di apertura disposto dallo stesso Tribunale, in presenza di una istanza congiunta delle imprese in questione.

l'affitto del patrimonio aziendale; la possibilità di scegliere un assuntore anche dopo che il piano è stato approvato vanno in tal senso. Sarebbe utile specificare la possibilità di prevedere che la cessione avvenga in blocco o riguardi parti significative dell'impresa.

e) *L'esercizio delle azioni revocatorie*

Con riferimento alle azioni revocatorie il disegno di legge fa prevalere l'impostazione del d.l. n. 347/2003, prefigurandone l'esercizio non solo in caso di cessione degli *asset* ma anche nel caso in cui si scelga la strada della ristrutturazione. I recuperi patrimoniali in tal modo realizzabili consentono di valorizzare l'azienda, sia ai fini della continuazione dell'attività d'impresa, sia al fine della sua cessione ad altro imprenditore, sia per raggiungere l'obiettivo della ristrutturazione. In presenza di una proposta di concordato le azioni revocatorie possono poi acquisire uno specifico valore negoziale, costituendo un elemento alla luce del quale valutare la convenienza e la comparazione fra le diverse alternative a disposizione. Opportuni presidi andrebbero tuttavia considerati allo scopo di prevenire, nei casi in cui il piano consenta all'imprenditore di continuare a gestire l'impresa, condotte opportunistiche in danno dei creditori.

4. I reati fallimentari

La proposta di delega per la riforma della disciplina penale fallimentare, contenuta nell'art. 2 del d.d.l., interviene a colmare una grave lacuna della riforma avviata nel 2005 e portata a compimento con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5. Tale riforma ha lasciato intatte le disposizioni penali, omettendo di armonizzare l'impianto sanzionatorio con i nuovi istituti e, più in generale con la rinnovata valutazione degli interessi in gioco e della loro meritevolezza¹².

Ne è risultato un quadro connotato da grande incertezza, che, da un lato può compromettere la piena realizzazione dei benefici della riforma; dall'altro può risultare inefficace a prevenire e punire alcuni comportamenti fraudolenti.

Restano, in particolare, norme incriminatrici non più giustificate alla luce dell'attenuato disvalore connesso all'insolvenza (in sé qualificabile come eventualità fisiologicamente

¹² La precedente disciplina, ispirata, come ben noto, ad una finalità essenzialmente liquidatoria dell'impresa insolvente e caratterizzata da una tutela "a oltranza" dei creditori, aveva una connotazione fortemente afflittiva per il debitore, colpito anche da incapacità civili, oltre che da sanzioni penali, a prescindere dalla colpa nella causazione del dissesto. La riforma ha ribaltato radicalmente tale impostazione, abbandonando ogni istanza sanzionatoria sul piano civile e privilegiando l'obiettivo del recupero dell'attività economica.

legata al rischio d'impresa); incertezza sul perimetro applicativo delle sanzioni, suscettibili di colpire condotte (come le operazioni di finanziamento poste in essere in esecuzione di piani di risanamento attestati o di accordi di ristrutturazione omologati) che sono invece tutelate sul piano sostanziale, in particolare con l'esenzione da revocatoria; inadeguata responsabilizzazione di condotte rilevanti ai fini dell'emersione della effettiva situazione economica dell'impresa che si avvale delle procedure previste dalla legge.

Una generale rivisitazione del diritto penale fallimentare dovrebbe perseguire, per grandi linee, i seguenti obiettivi:

- a) da un lato non indebolire in misura eccessiva i presidi sanzionatori: prevedere, quindi, per le ipotesi di abuso meritevoli di sanzione, pene adeguate nel *quantum* e credibili nell'*enforcement*;
- b) dall'altro assoggettare a sanzione penale solo le condotte significativamente lesive degli interessi dei creditori e comunque riconducibili ad ipotesi di abuso, che non siano già sanzionate efficacemente per effetto di disposizioni penali applicabili con carattere di generalità; evitare di punire condotte che, in assenza di insolvenza, sarebbero lecite;
- c) disciplinare con precisione il perimetro, anche temporale, di applicazione delle norme incriminatrici;
- d) specificare i limiti della rilevanza penale delle operazioni di finanziamento nelle soluzioni concordate delle crisi d'impresa, in modo da non impedire, di fatto, il ricorso a tali procedure di risanamento.

La proposta di delega in esame appare, nel suo impianto generale, sostanzialmente in linea con il secondo obiettivo sopra indicato. In essa trovano infatti conferma i reati di bancarotta fraudolenta (le eterogenee fattispecie prima raggruppate nell'art. 216 vengono disciplinate in tre distinte figure, che conservano l'impianto esistente, basato sulle ipotesi di bancarotta patrimoniale, documentale e preferenziale), mentre risulta drasticamente ridimensionata la figura della bancarotta semplice, che, riflettendo concezioni risalenti, raggruppa ipotesi spesso caratterizzate da condotte meramente colpose.

Anche il terzo obiettivo appare essenzialmente soddisfatto. In tutte le ipotesi di bancarotta fraudolenta viene introdotto un criterio temporale per delimitare il periodo entro il quale le condotte debbono verificarsi ai fini della configurabilità del reato in epoca pre-

fallimentare. La scelta evita il rischio di estendere la punibilità a fatti risalenti a periodi “non sospetti” neanche per il diretto interessato. Condivisibile è anche la previsione che subordina la rilevanza delle condotte alla condizione che alle medesime segua il provvedimento di apertura della procedura concorsuale. Tale riferimento andrebbe peraltro meglio specificato, in modo da non riconnettere lo stesso trattamento sanzionatorio, e quindi analogo disvalore, a fatti ancorati, rispettivamente, allo stato di crisi (presupposto per accedere al concordato preventivo) e allo stato di insolvenza.

Il testo del disegno di legge delega sembra invece tenere conto di tale esigenza di differenziazione (tra situazioni di insolvenza gestibili attraverso una procedura tesa alla ristrutturazione e situazioni che conducono all’esito liquidatorio) nel criterio di delega riguardante i casi di amministrazione straordinaria. In relazione a questi ultimi la punibilità delle condotte verrebbe condizionata (relativamente a quelle poste in essere in corso di procedura) non più alla dichiarazione dello stato d’insolvenza, ma alla eventuale conversione della procedura speciale in fallimento. L’operazione appare tuttavia poco giustificata in tale ambito, in quanto rischia di lasciare prive di adeguata sanzione condotte gravemente lesive degli interessi dei creditori (si pensi a possibili condotte distrattive in pendenza di ristrutturazione) in relazione a situazioni di accertata insolvenza, per le quali la via del risanamento è agevolata in nome della rilevanza sistemica degli interessi coinvolti.

Manca invece nel testo un criterio di delega riconducibile al quarto degli obiettivi segnalati. Tale obiettivo riveste, come già indicato, una rilevanza prioritaria, considerata l’incertezza che genera la mancanza di una previsione espressa volta ad assicurare che le condotte (non fraudolente) poste in essere in esecuzione di accordi di ristrutturazione non ricadano nell’ipotesi della bancarotta preferenziale. Anche se a tale conclusione si potrebbe giungere in via interpretativa, appare poco coerente che un intervento specificamente mirato al coordinamento della vigente disciplina penale con la riforma fallimentare, non intervenga a colmare in modo puntuale una lacuna così rilevante, che potrebbe scoraggiare il ricorso alle nuove procedure negoziali di superamento della crisi. Né appare sufficiente l’inserimento della previsione che circoscrive la fattispecie della bancarotta preferenziale ai pagamenti “indebiti o non giustificati sotto il profilo giuridico o economico”, trattandosi di qualificazione che lascia ancora spazi all’interpretazione. Sarebbe più efficace prevedere espressamente la non configurabilità del reato nei casi di

condotte realizzate in esecuzione di strumenti di risanamento stragiudiziali tutelati dalla legge fallimentare.

Quanto, infine, all'obiettivo di adeguatezza ed effettività delle sanzioni, si rileva che il criterio di delega concernente le pene applicabili ai reati concorsuali lascia ancora spazi di manovra al legislatore delegato rispetto alla determinazione delle pene minime e massime, sia pure entro la "doppia forbice" indicata nel d.d.l. Si segnala, al riguardo, l'importanza di un'attenta considerazione delle opzioni che resterebbero percorribili in sede di attuazione della delega, in relazione agli effetti che le modifiche dell'impianto sanzionatorio possono determinare alla luce delle regole prescrizionali sancite nell'art. 157 del codice penale, come riformato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251. Qualsiasi riduzione della pene è infatti destinata ad incidere in modo sensibile sui termini di prescrizione dei reati di criminalità economica, che per loro natura richiedono complessi accertamenti e consulenze, da eseguire nel contraddittorio degli interessati e perciò inevitabilmente lunghi.

Più nel dettaglio, si segnalano i seguenti ulteriori profili di interesse:

a) Ricorso abusivo al credito. Il disegno di legge non prevede il reato di "ricorso abusivo al credito". La scelta di eliminare la previsione è probabilmente dovuta alla presenza nell'ordinamento di figure generali di reato comunque applicabili. Va infatti rilevata la contiguità della fattispecie con la figura generale della truffa, dalla quale il ricorso abusivo al credito si differenzia solo perché non richiede l'induzione in errore attraverso una rappresentazione fuorviante della situazione, ma la mera reticenza sulle reali condizioni economiche dell'impresa. Va inoltre ricordata la previsione di cui all'art. 641 cod.pen., che colpisce in via generale l'insolvenza fraudolenta. Cosicché appare improbabile che l'abrogazione dell'art. 218 della legge fallimentare possa determinare un sensibile vuoto di tutela penale.

Tuttavia, anche in relazione ai gravi episodi posti in evidenza dai dissesti imprenditoriali degli ultimi anni, andrebbe forse considerata, anziché una abrogazione, una rivisitazione della fattispecie (in chiave emancipatoria rispetto alla truffa), in modo da dare autonoma rilevanza a condotte dissimulatorie che presentino il carattere della idoneità ad aggravare il dissesto.

b) Reati del curatore. Il testo proposto non prevede norme penali specifiche per il curatore e gli altri organi delle procedure, dei quali si precisa l'equiparazione con i pubblici ufficiali, in modo da assicurare che le condotte delittuose ad essi ascrivibili possono essere sanzionate sulla base delle norme penali generali.

Le previsioni generali non sono però del tutto coincidenti con le attuali disposizioni penali della legge fallimentare. Ad esempio, l'ipotesi dell'accettazione di retribuzione non dovuta si riallaccia al delitto di corruzione, ma realizza, rispetto ad esso, un'anticipazione della tutela. Analoga situazione si verifica per l'omessa consegna o deposito di cose del fallimento rispetto al reato di peculato.

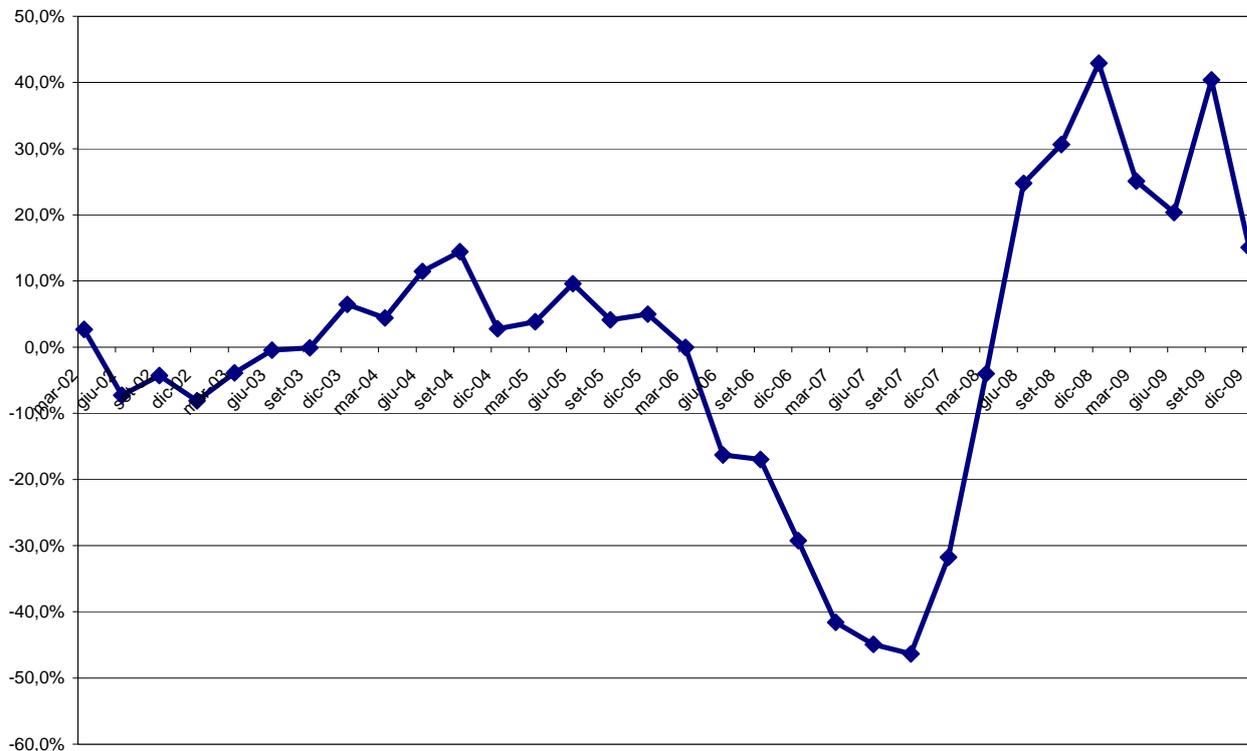
Più in generale, sorge l'interrogativo se, in coerenza con lo spirito della riforma "civilistica" delle procedure concorsuali, non sia necessario un sostanziale ripensamento delle responsabilità penali del curatore e degli altri soggetti investiti di compiti gestori rispetto alle procedure. Se sia, in particolare, auspicabile un rafforzamento della tutela penale per le condotte indebite, realizzate nell'esercizio delle loro funzioni, rese ancor più delicate in relazione agli ampi margini ora lasciati all'autonomia privata nella risoluzione delle situazioni di crisi.

TAVOLE E GRAFICI

Fig. 1

I fallimenti in Italia

(procedure aperte, tassi di variazione rispetto al corrispondente trimestre dell'anno precedente)

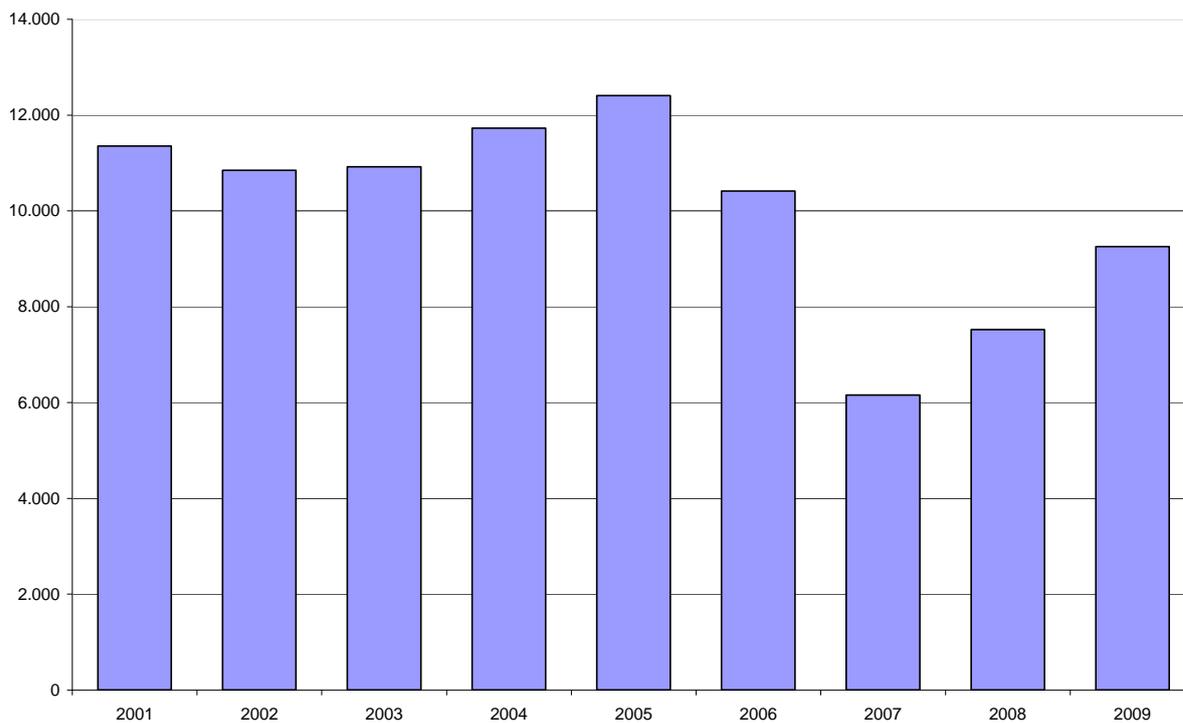


Fonte: elaborazioni su dati Cerved Group.

Fig. 2

I fallimenti in Italia

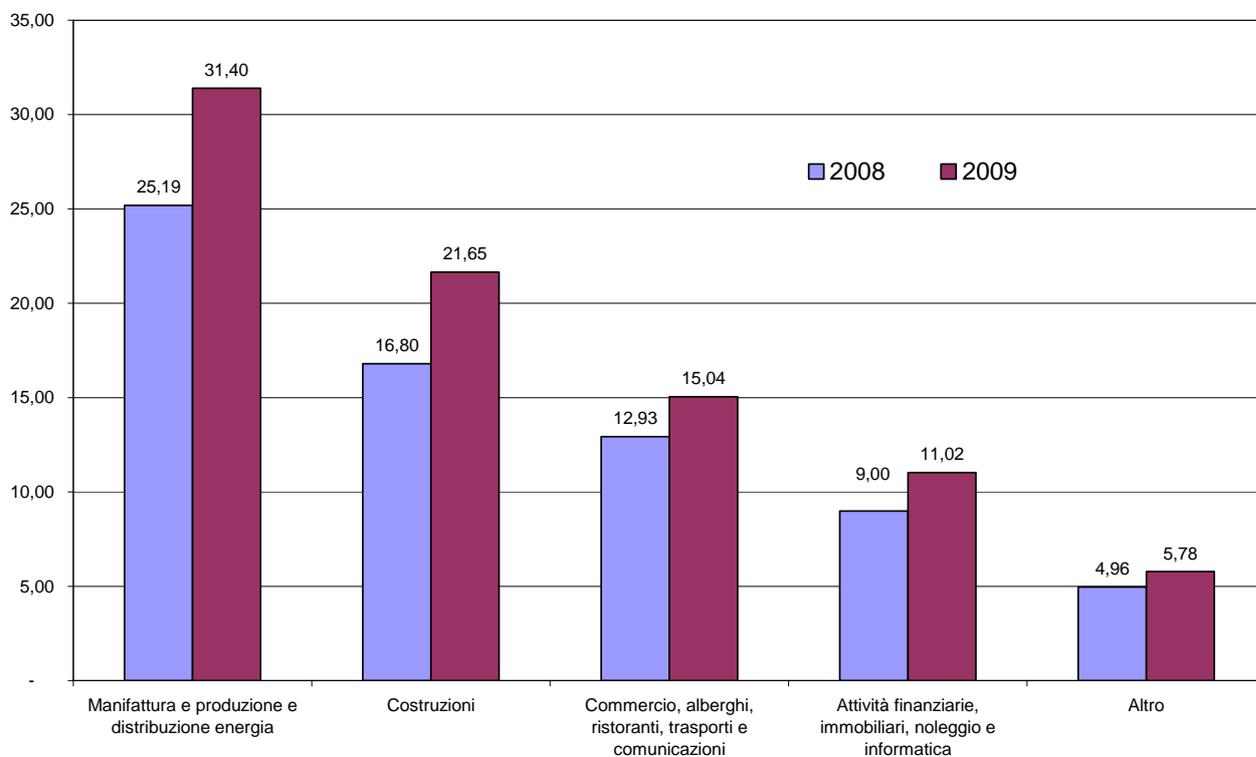
(numero di procedure aperte)



Fonte: elaborazioni su dati Cerved Group.

Fig. 3

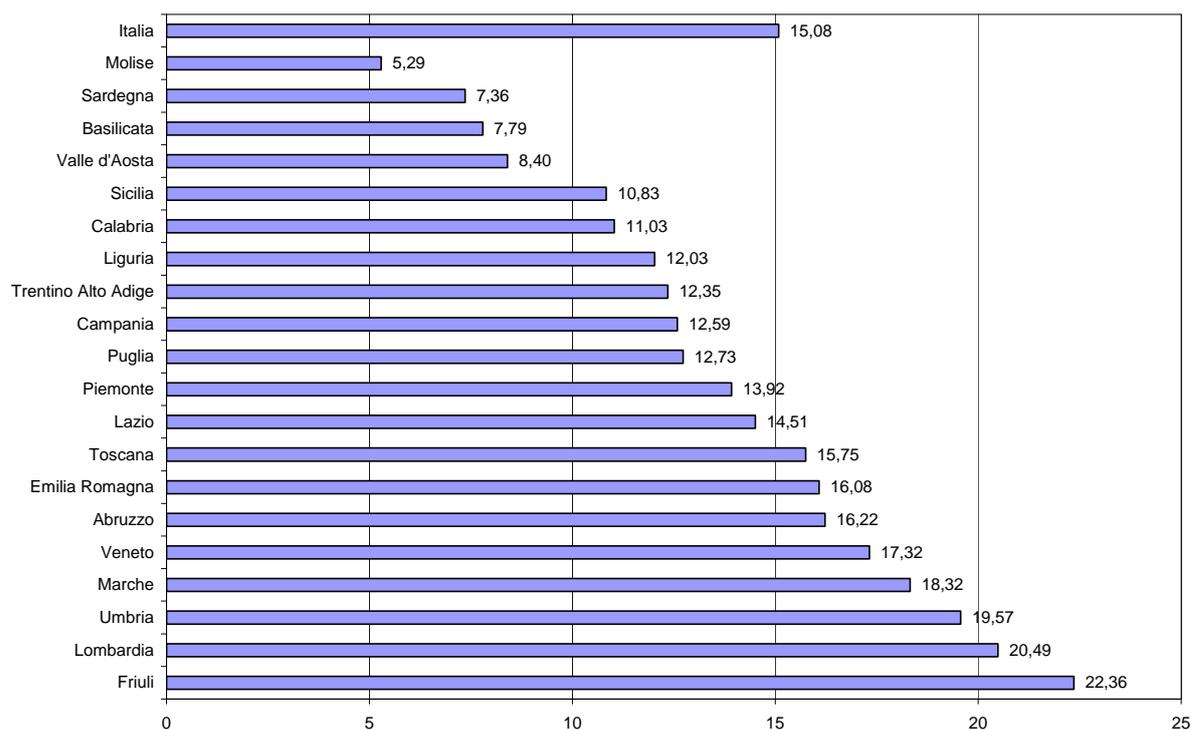
Insolvency ratio per macro-settore di attività
(fallimenti aperti nel trimestre per 10.000 imprese registrate)



Fonte: elaborazioni su dati Cerved Group.

Fig. 4

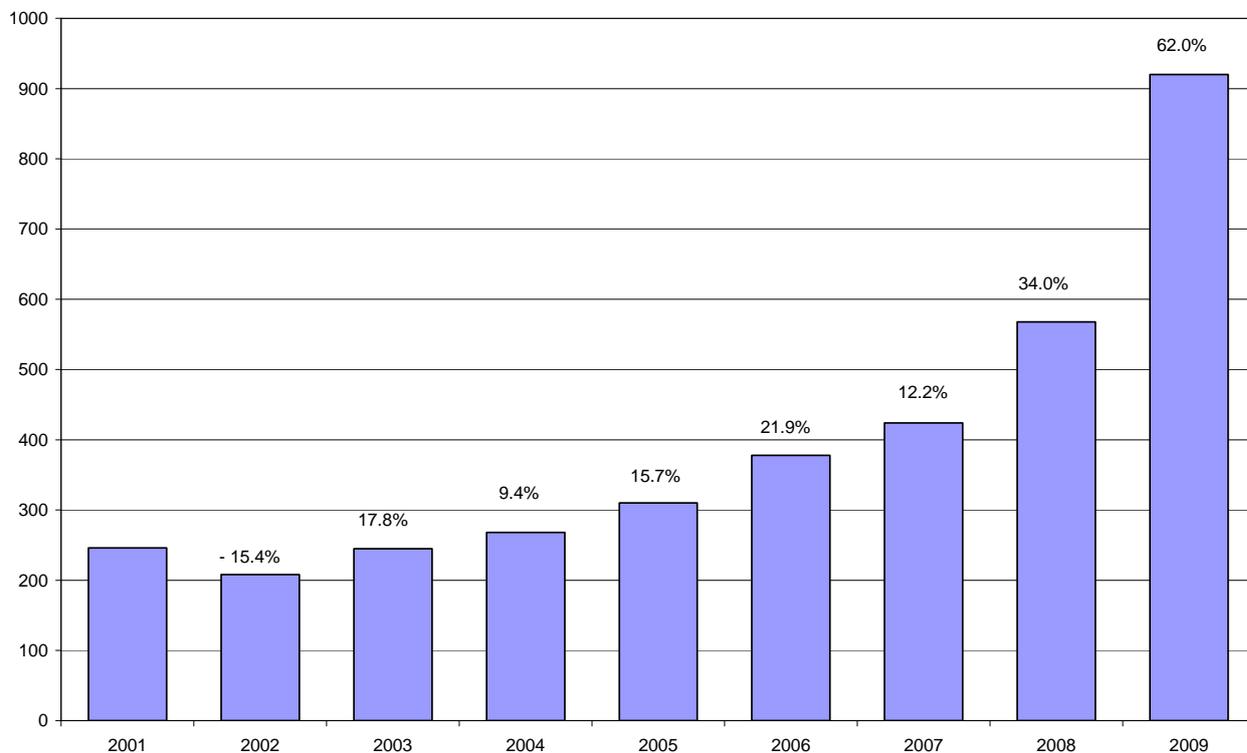
Insolvency ratio per regione
(fallimenti aperti nel trimestre per 10.000 imprese registrate, 2009)



Fonte: elaborazioni su dati Cerved Group.

Fig. 5

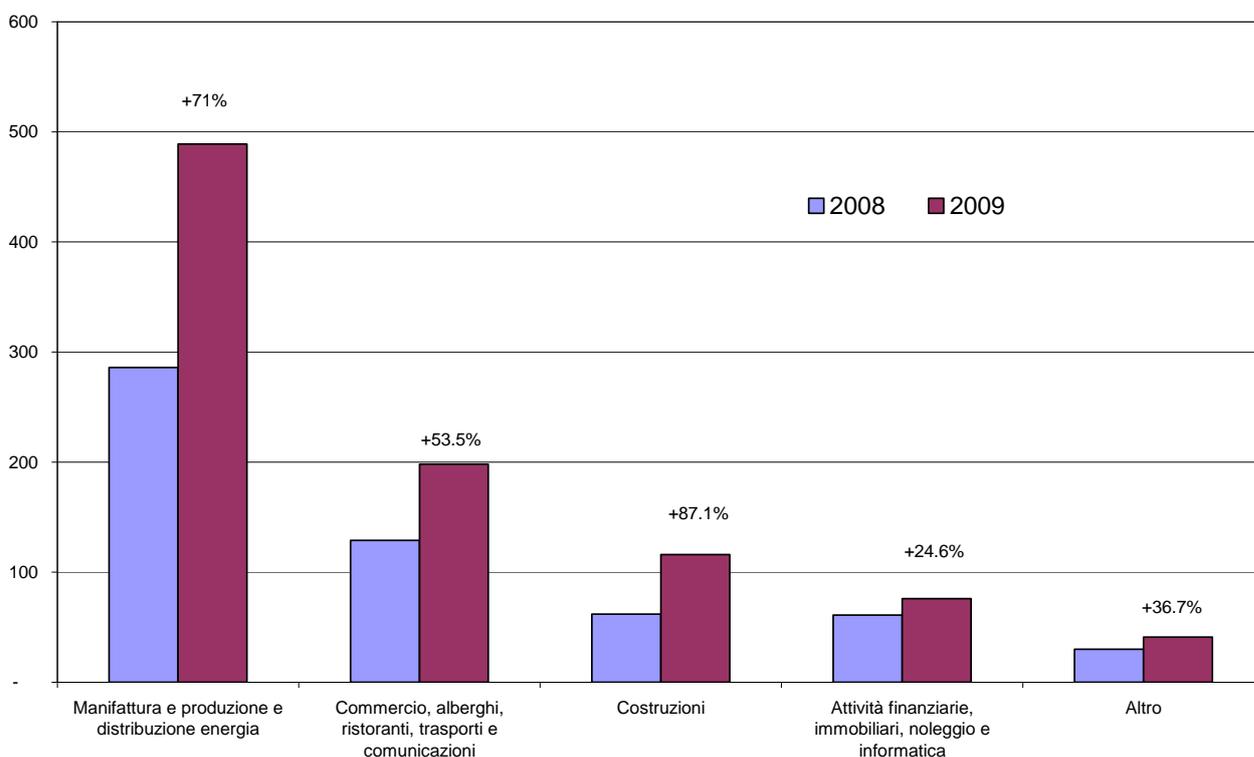
Apertura di concordati preventivi (numero di concordati aperti nell'anno)



Fonte: elaborazioni su dati Cerved Group.

Fig. 6

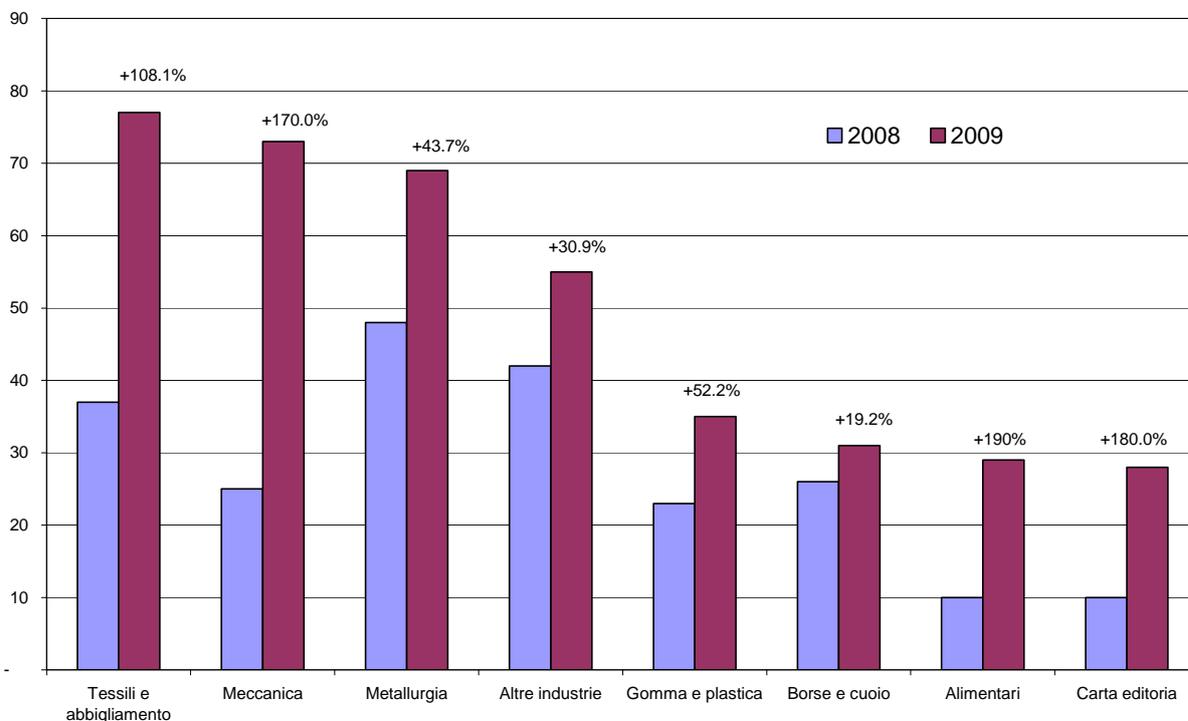
Concordati preventivi per macro-settore



Fonte: elaborazioni su dati Cerved Group.

Fig. 7

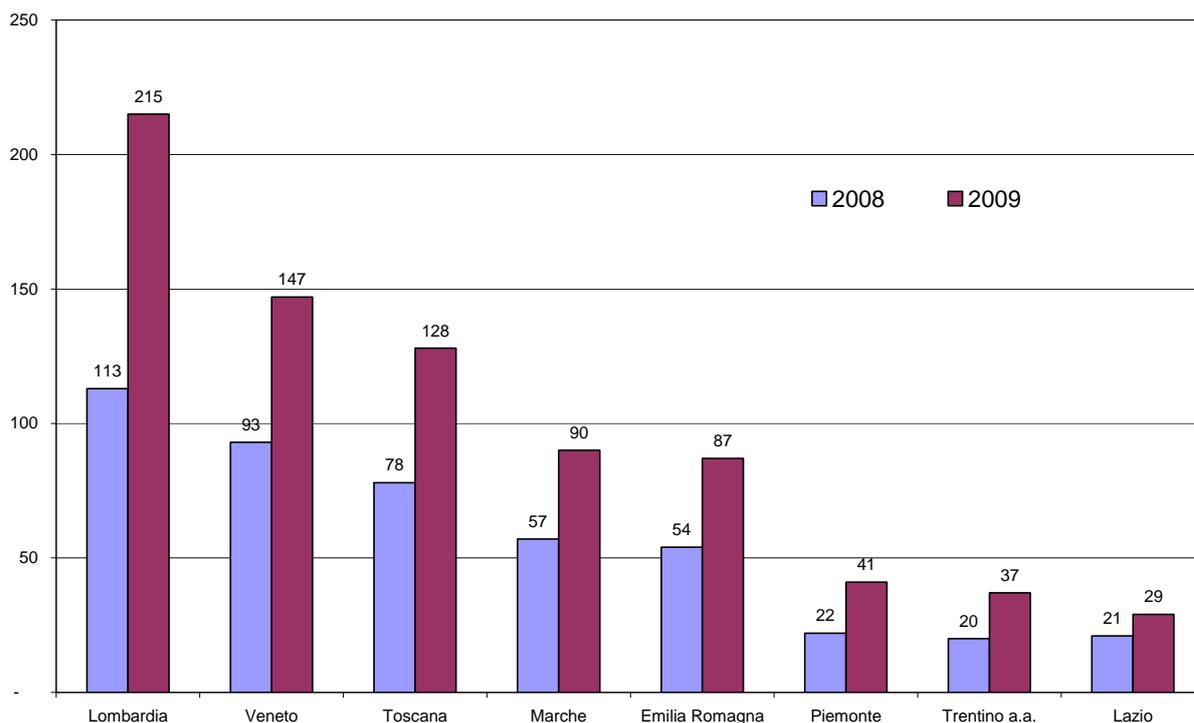
Concordati preventivi nell'industria (comparti in cui sono stati aperti più concordati)



Fonte: elaborazioni su dati Cerved Group.

Fig. 8

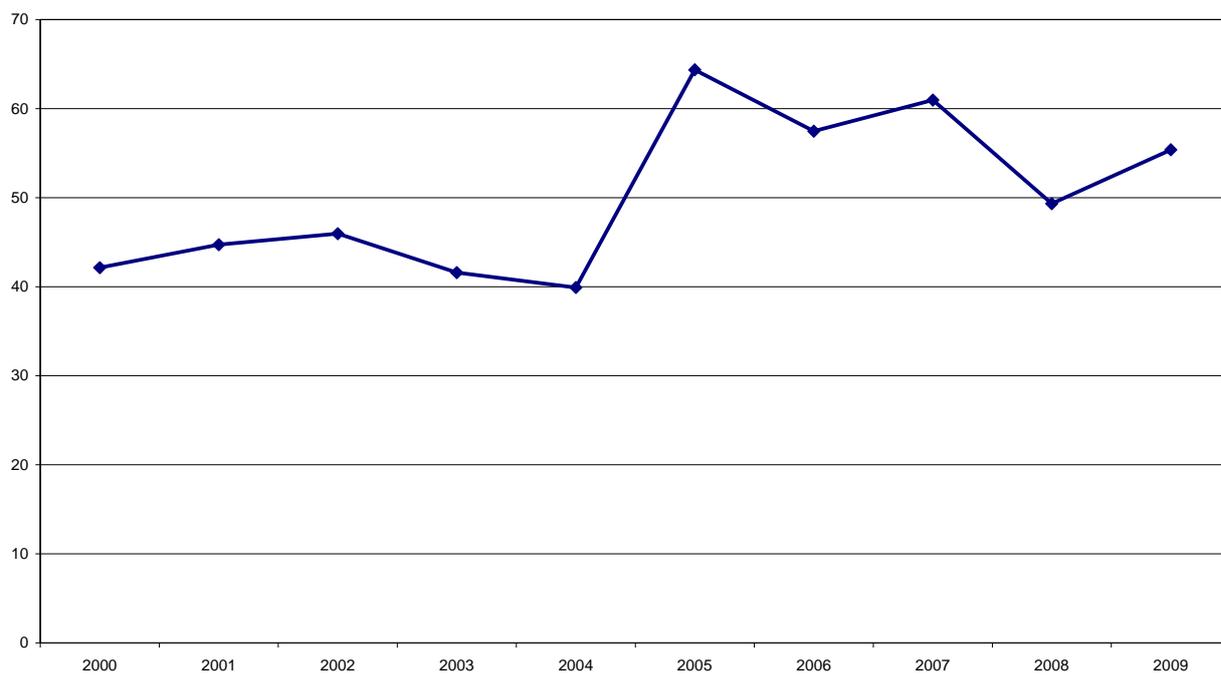
Concordati preventivi per regione (regioni in cui sono stati aperti più concordati)



Fonte: elaborazioni su dati Cerved Group.

Fig. 9

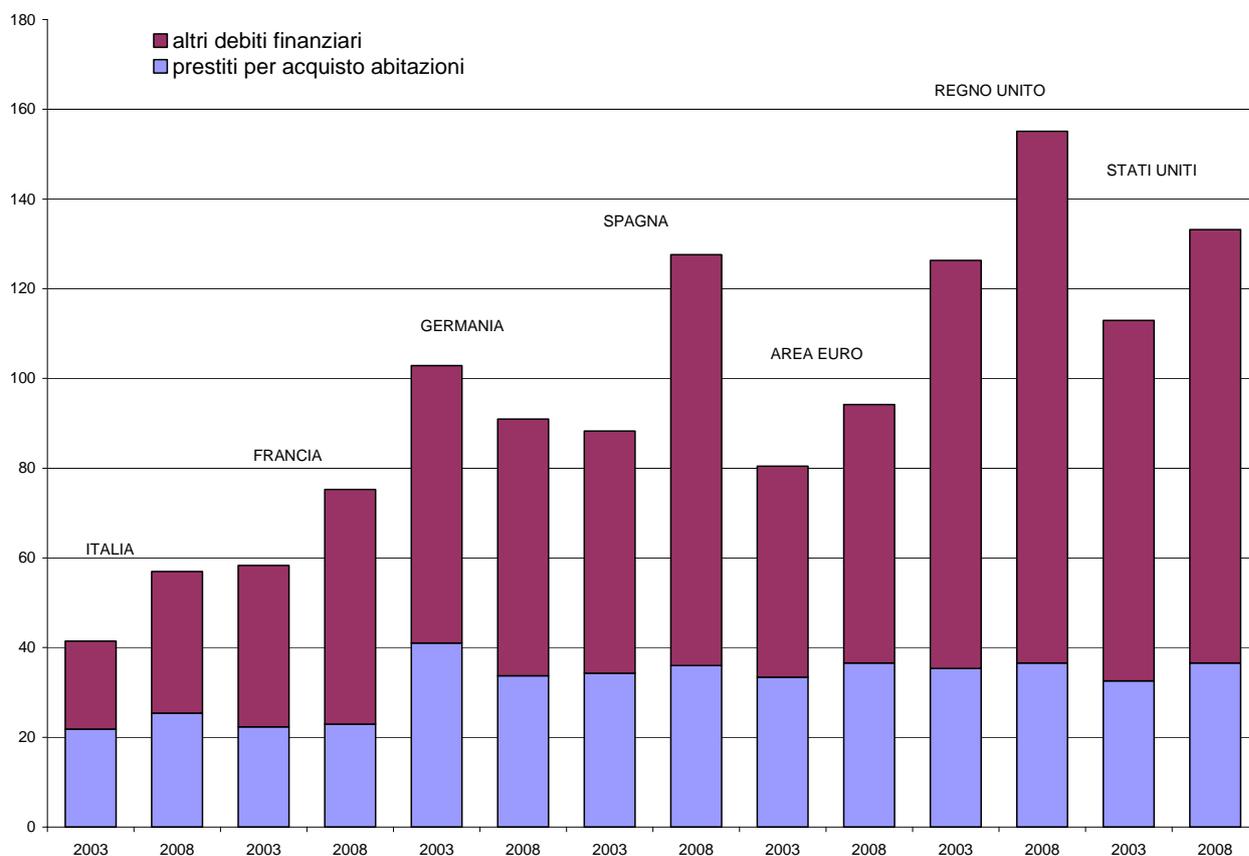
Percentuale di concordati chiusi entro un anno



Fonte: elaborazioni su dati Infocamere

Fig. 10

Indebitamento delle famiglie (in percentuale del reddito disponibile lordo)



Fonte: Banca d'Italia per l'Italia; BCE per i paesi dell'area dell'euro; Bank of England per il Regno Unito; Federal Reserve "Flow of Funds Accounts of the U.S." per gli Stati Uniti; Eurostat per i dati del reddito disponibile. Per ragioni di comparabilità con l'area dell'euro, i dati si riferiscono alle famiglie consumatrici e produttrici e includono le sofferenze; per gli Stati Uniti il dato si riferisce alle sole famiglie consumatrici.