

# NUOVA DISCIPLINA DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA - GIORNI CONTATI PER LA LEGGE FALLIMENTARE ITALIANA

di

Michele Gentile

Con la Gazzetta Ufficiale del 30 ottobre 2017 (N.ro 254) è stata pubblicata la Legge Delega sulla Riforma Organica delle discipline della crisi e dell'insolvenza, che il Senato ha approvato nel mese di ottobre (l. 19 ottobre 2017 n.ro 155).

Da tempo, non solo gli operatori del settore, ma anche le istituzioni e la comunità internazionale, attendevano dall'Italia una riforma radicale del diritto concorsuale, ormai non più consono alle dinamiche sociali ed imprenditoriali dell'attuale contesto storico.

Tale evento è stato accompagnato da affermazioni inequivocabili. Il Presidente del Consiglio dei Ministri, Paolo Gentiloni, ha definito la riforma *“un contributo per un'economia più sana che aiuterà la crescita”*. Il Ministro di Grazia e Giustizia Andrea Orlando, nell'intervento prima del voto finale in aula ha affermato che *“...si tratta di riforma di portata epocale. Si cambia infatti una legge che risale ancora al 1942 con un meccanismo distorto che ha macinato in questi anni molte risorse sia*

*imprenditoriali che di beni materiali..... a rivedere lo stigma che spesso non è più giustificato nella fase di un'economia globalizzata, ma anche a non sprecare capacità imprenditoriale perché si può essere buoni imprenditori e aver avuto una prima esperienza imprenditoriale non felice”*.

L'approvazione della legge delega dovrebbe essere una delle tappe finali, speriamo decisiva e definitiva, per l'abrogazione dell'attuale legge concorsuale anacronistica, continuamente integrata da decennali riforme parziali, che hanno per lo più diviso spesso dottrina e giurisprudenza e disorientato i professionisti chiamati ad assistere le imprese in crisi.

La Riforma è un intervento programmatico ad ampio raggio, per razionalizzare e modernizzare l'approccio alla crisi d'impresa. Nata dalle conclusioni della Commissione Rordorf è in linea con la normativa comunitaria ed internazionale. Non è priva di criticità, ma senza dubbio è innovativa nel contesto giuridico italiano.

## I PRINCIPALI ELEMENTI INNOVATIVI DELLA RIFORMA.

La Legge Delega contiene le linee guida per il Governo per l'attuazione della Riforma, che si prevede entro la fine dell'anno in corso.

I principi generali della Riforma sinteticamente sono:

- la sostituzione del termine fallimento con l'espressione "liquidazione giudiziale";
- la definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza;

- la previsione di un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o dell'insolvenza, applicabile a tutte le categorie di debitori, con la sola eccezione degli enti pubblici;
- la specializzazione dei giudici addetti alla materia concorsuale;
- la semplificazione dei riti processuali;
- la priorità di trattazione alle proposte di superamento della crisi che prevedono la continuità aziendale.

Alcune innovazioni a mio avviso hanno più una portata mediatica e psico-soggettiva che sostanziale. La sostituzione del termine “fallimento” con “liquidazione giudiziale”, così come il “concordato fallimentare” con il “concordato giudiziale”, non muta il contenuto e la sostanza della procedura concorsuale, che è e resta comunque un evento drammatico e gravoso per l'impresa.

Lo spirito che anima la Riforma è inverso all'attuale Legge Concorsuale. Anche quando la crisi sia conclamata, il nuovo diritto privilegia quelle soluzioni di composizione che possano consentire la continuità dell'impresa. L'impianto originario della legge fallimentare (R.D. 267/1942), che privilegia l'equa soddisfazione dei creditori prima di ogni altra cosa.

Le modifiche più rilevanti agli istituti già esistenti riguardano il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

In tema di concordato preventivo la Riforma prevede:

- l'estensione dei poteri di controllo del Tribunale sulla fattibilità del piano;
- il rafforzamento delle maggioranze necessarie per l'approvazione del piano;
- l'obbligatorietà della formazione delle classi.

Alla distinzione fra concordato liquidatorio e concordato in continuità, corrispondono rilevanti differenze. Infatti:

- Le proposte di concordato che hanno natura liquidatoria sono ammissibili esclusivamente: con l'apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori, escludendo la possibilità di un mero concordato con cessione dei beni, che nulla si differenzerebbe dalla ordinaria liquidazione giudiziale. Inoltre quando è assicurato, in ogni caso, il pagamento di almeno il 20 per cento dell'ammontare complessivo dei crediti chirografari.
- Le proposte di concordato con continuità aziendale, nel contesto di una maggiore elasticità del prospettato assetto di interessi, il piano potrà prevedere, salvo che sia programmata la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, una moratoria per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca per un periodo di tempo anche superiore ad un anno, riconoscendo in tal caso ai predetti creditori il diritto di voto.

In tema di accordi di ristrutturazione dei debiti la Riforma prevede:

- l'eliminazione o almeno la riduzione della soglia del 60% dei crediti per ottenere l'omologa dell'accordo, purché i creditori estranei siano pagati tempestivamente per l'intero e non sia chiesto il blocco delle azioni esecutive durante le trattative;
- l'estensione degli effetti dell'accordo nei confronti di tutti i creditori quando vi sia il consenso dei creditori che rappresentino almeno il 75% dei crediti;
- l'applicazione della disciplina del blocco delle azioni esecutive prevista per il concordato preventivo.

La Riforma naturalmente nei suoi obiettivi opera modifiche di rilievo al Codice Civile.

- l'introduzione del dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati a rilevare tempestivamente la crisi, nonché il dovere di adottare gli strumenti necessari per il suo superamento;
- l'estensione dell'obbligo di nomina dell'organo di controllo nelle s.r.l. (con limiti dimensionali minori di quelli attuali);
- l'estensione alle s.r.l. della disciplina dell'azione di responsabilità verso i creditori e della denuncia di gravi irregolarità al Tribunale prevista per le s.p.a.

## LE INNOVAZIONI PIÙ IMPORTANTI.

Per un economista, le innovazioni più importanti della Riforma sono l'adeguamento della normativa alle attuali realtà economiche – imprenditoriali, integrando l'elemento giuridico con la scienza economico-aziendalista, in particolare per prevenire la futura insolvenza e per consentire una corretta procedura nelle insolvenze del gruppo d'impresa, oggi estremamente penalizzate dall'inadeguatezza dell'attuale legge.

Pertanto, a mio avviso i principali elementi innovativi della Riforma sono:

- I. Il concetto e la definizione dello stato di crisi**, intesa come probabilità di futura insolvenza. Finalmente accanto alla sterile definizione di insolvenza dell'art. 5 dell'attuale Legge Fallimentare, vengono accolte le teorie della scienza aziendalista, che distingue varie fasi che conducono all'insolvenza, prima di cronicizzarsi nella “decozione”, quale insolvenza conclamata ed irreversibile. La commistione nell'ambito del rapporto, tra diritto ed economia, non ignota al concorsualista<sup>1</sup>, è sempre stata oggetto di criticità. Per la Riforma la nozione di crisi costituisce una clausola generale, che affianca contenuto giuridico e contenuto contabile-aziendalista, con tutti i rischi connessi alla commistione di campi e settori diversi. In attesa delle decisioni giurisprudenziali, si può affermare che nella Riforma, il termine di crisi assume una rilevanza giuridica più ampia, essendo il presupposto genetico ed elemento sintomatico dell'insolvenza. Speriamo che il nuovo concetto di crisi, che è anche alla base delle procedure di allerta e di composizione assistita previste dall'art. 4 della legge delega, come auspicato da un autorevole Autore<sup>2</sup>, sia affidato “*al confronto giurisprudenziale*” “*specie se correlata al pericolo di insolvenza, così evitando che un eccesso di disciplina di dettaglio sposti sul regolatore il peso di una capacità rappresentativa del fenomeno che resta, nell'osservazione degli studi empirici più completi, estranea ad una codificazione contabile e numerica e piuttosto propria della prognosi di esperienza*”.
- II. La Procedura di allerta e di composizione assistita e di superamento della crisi** è sicuramente l'innovazione più importante della riforma. Sino ad oggi, nonostante i numerosi tentativi di riforma (si pensi ai lavori della citata Commissione Trevisanato, che ha operato all'inizio degli anni 2000), l'idea di predisporre strumenti ed istituti per **anticipare l'emersione della crisi d'impresa** (sia a tutela dei terzi creditori che dello stesso imprenditore) e rendere possibile la tempestività dell'intervento sulla crisi stessa, sono rimasti sempre nell'ambito di studi e proposte. Una buona parte dei fallimenti si sarebbero potuti

<sup>1</sup> E. Gemano-F. Canazza, *Art. 5 legge fall.*, in *Commentario Lo Cascio on line*, 2017,

<sup>2</sup> M. Ferro, *Ddl crisi d'impresa: la nozione di crisi nel testo approvato alla Camera*, [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it),

evitare se vi fosse stato un sistema di preallerta della crisi, accertata sempre nella maggior parte dei casi troppo tardi. Le novità contenute nell'art. 4 della legge delega (*Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*) costituiscono una vera rivoluzione nel diritto concorsuale, prevedendo specifici **istituti, di natura non giudiziale e confidenziale**, finalizzate a incentivare l'**emersione anticipata della crisi** e ad agevolare lo svolgimento di **trattative tra debitore e creditori**. In questa fase l'intento del legislatore di **stimolare una tempestiva composizione negoziale della crisi**, al di fuori del controllo del tribunale pur essendo astrattamente corretto in pratica avrà molte criticità in quanto necessita obbligatoriamente dell'**assistenza di organismi istituiti presso ciascuna camera di commercio** che, con una composizione qualificata (esperti, designati nell'ambito dell'albo di cui all'art. 2, comma 1, lett. o), rispettivamente dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale competente per il luogo in cui l'imprenditore ha sede, dalla Camera di Commercio e dalle Associazioni di Categoria. Tale organismo tenterà di addivenire a una soluzione della crisi, entro un congruo termine, prorogabile solo a fronte di positivi riscontri delle trattative e, in ogni caso, non superiore complessivamente a sei mesi. Ormai il Legislatore italiano prolifera Albi di esperti presso il Ministero di Grazia e Giustizia, che non sempre nella pratica garantiscono la professionalità ed indipendenza. Spesso limitano l'accesso agli istituti da parte dell'imprenditore e la giusta rotazione negli incarichi a discapito della professionalità del settore.

**La procedura di allerta non potrà essere adottata** da società quotate in borsa o su altro mercato e dalle grandi imprese, come definite dalla normativa dell'Unione Europea.

**La procedura di allerta potrà essere attivata:**

- a. dal **debitore**, quindi, rimessa alla sua esclusiva volontà. L'attivazione della procedura da parte del debitore prevede misure "premiali" in relazione alla responsabilità. Queste misure "premiali" degne di apprezzamento per la "buona fede" dell'imprenditore, presentano a mio avviso serie criticità, qualora il soggetto non intenda esternare la propria situazione, aggravandola;
- b. dagli **organi di controllo societari**, del **revisore contabile** e delle **società di revisione** (nel contesto di specifiche responsabilità in caso di omissione) hanno l'obbligo di avvisare immediatamente l'organo amministrativo della società dell'esistenza di fondati indizi della crisi, da individuare secondo parametri corrispondenti a quelli rilevanti ai fini del riconoscimento delle misure premiali. In caso di omessa o inadeguata risposta, dovranno informare tempestivamente l'organismo camerale;
- c. dai **creditori pubblici qualificati** (tra cui in particolare l'Agenzia delle entrate, gli enti previdenziali e gli agenti della riscossione delle imposte) hanno l'obbligo, a pena di inefficacia dei privilegi previsti in loro favore, di segnalare immediatamente agli organi di controllo della società e, in ogni caso, all'organismo camerale il perdurare di inadempimenti di importo rilevante (nozione, quest'ultima, da individuare sulla base di criteri relativi, come tali rapportati alle dimensioni dell'impresa); nonché di effettuare analoga segnalazione allo stesso debitore, perché provveda entro tre mesi all'adempimento o all'attivazione di una delle procedure previste dalla legge.

L'**Organismo** di assistenza, non oltre la scadenza del termine semestrale, verifica se è stata raggiunta una soluzione concordata fra il debitore e i creditori. In mancanza, dà notizia dello stato di insolvenza al **pubblico ministero**, presso il tribunale del luogo in cui il debitore ha sede, ai fini del tempestivo accertamento dell'insolvenza medesima e, quindi, del potere di

iniziativa *ex art. 7 L.F.* Tale comunicazione deve essere fatta anche in caso di mancata comparizione del debitore, a seguito di riservata convocazione.

**Se il debitore ha attivato la procedura di composizione assistita della crisi ovvero se è stato convocato dall'organismo camerale:**

- a. può chiedere al Tribunale, alla sezione specializzata in materia di impresa, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, le **misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso** (ad esempio le misure previste dalla L. n. 3/2012), revocabili anche d'ufficio in caso di atti in frode ai creditori o quando il collegio di esperti riferisce che non vi è possibilità di addivenire ad una soluzione concordata della crisi o che non vi sono significativi progressi nell'attuazione delle misure idonee a superare la crisi medesima;
- b. avrà diritto alle **misure premiali, sia di natura patrimoniale sia in termini di responsabilità personale** (es.: causa di non punibilità per il delitto di bancarotta semplice e per gli altri reati previsti dalla legge fallimentare, quando abbiano cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità ai sensi all'art. 219, comma 3, l. fall., un'attenuante ad effetto speciale per gli altri reati).

Per la stima della probabilità d'insolvenza occorrerà un approccio attraverso l'utilizzo di tecniche economiche-aziendalistiche per l'analisi preliminare dei fattori di rischio (indicatori e grandezze di riferimento), integrate dall'insostituibile esperienza professionale nell'ambito dell'analisi di bilancio, sia storico che previsionale. Particolare rilievo assumono gli indici del CCO (Capitale Circolante Operativo) e della PFN (Posizione Finanziaria Netta) integrati fra loro.

**III. L'Insolvenza dei Gruppi d'Impresa**, ha rappresentato l'elemento più anacronistico della Legge Fallimentare del 1942. Tale argomento ha impegnato diverbi dottrinali ed opinioni giurisprudenziali, sempre con estrema penalizzazione dei gruppi coinvolti in procedure concorsuali. Anche in questo caso la Riforma rappresenta una vera e propria rivoluzione. Il gruppo di società o di imprese rappresenta da tempo un fenomeno diffuso nel contesto economico e giuridico imprenditoriale, soprattutto per le imprese di grandi dimensioni. Una delle principali criticità affrontate dalla giurisprudenza risiede nel contesto plurisoggettivo e nella difficile definizione, in termini di certezza, degli obiettivi, dei ruoli, delle competenze e delle responsabilità connesse, spettanti a ciascuna società facente parte del gruppo, tenendo conto dei molteplici e spesso conflittuali interessi delle imprese stesse, considerate nella loro individualità, ma coinvolte nelle strategie globali, protese al perseguimento dell'interesse del gruppo.<sup>3</sup> Nel diritto concorsuale in tema di responsabilità connessa all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, non vi è stato istituito più controverso, fra dottrina e giurisprudenza, dei cd "Interessi compensativi".

Finalmente la Riforma prevede la **definizione di gruppo di imprese**, modellata sulla nozione di direzione e coordinamento di cui agli artt. 2497 ss. nonché all'art. 2545-*septies* c.c., prevedendo la **possibilità di una gestione unitaria della crisi**, attraverso:

- a. la facoltà di proporre un **unico ricorso** per
  - la domanda di omologazione di un accordo unitario di ristrutturazione dei debiti,
  - la domanda di ammissione al concordato preventivo;
  - la domanda di liquidazione giudiziale;

---

<sup>3</sup> A. Maffei Alberti, *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2015

restando in ogni caso l'autonomia delle rispettive masse attive e passive, con predeterminazione del criterio attributivo della competenza, ai fini della gestione unitaria delle rispettive procedure concorsuali, ove le imprese abbiano la propria sede in circoscrizioni giudiziarie diverse;

- b. la previsione di **obblighi reciproci di informazione** e di collaborazione tra gli organi di gestione delle diverse procedure, nel caso in cui le imprese insolventi del gruppo siano soggette a separate procedure concorsuali, in Italia o all'estero;
- c. il **principio di postergazione del rimborso dei crediti** di società o di imprese appartenenti allo stesso gruppo, in presenza dei presupposti di cui all'art. 2467 c.c., fatte salve deroghe dirette a favorire l'erogazione di finanziamenti in funzione o in esecuzione di una procedura di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione dei debiti.

Nell'insolvenza di gruppo analogamente è prevista:

- in sede di concordato preventivo un unico piano unitario di risoluzione della crisi;
- la nomina di un unico giudice delegato;
- la nomina di un unico commissario giudiziale;
- in sede di liquidazione giudiziale di gruppo, la nomina di un unico giudice delegato;
- la nomina di un unico curatore;
- la nomina di diversi comitati dei creditori per ciascuna impresa del gruppo;
- un criterio di ripartizione proporzionale dei costi della procedura tra le singole imprese del gruppo.

## LE ALTRE PRINCIPALI INNOVAZIONI.

- I. Previsione di **un unico modello processuale** per l'accertamento dello stato di crisi o dell'insolvenza, applicabile a tutte le categorie di debitori, con la sola eccezione degli enti pubblici.

L'unificazione si prefigge di ottenere una particolare **celerità**, anche in fase di reclamo. La preoccupazione di evitare che la procedura concorsuale (che coinvolge organi giudiziari e soggetti ausiliari di gestione) sia sterile e non produca alcun beneficio per il ceto creditorio, era già presente nella riforma del 2006-2007, come lo dimostra l'art. 118 LF, in tema di chiusura del fallimento. L'obiettivo della celerità viene poi rafforzato con la previsione della riduzione della durata e dei costi della procedura, con particolare riferimento al contenimento delle ipotesi di prededuzione. Tale previsione molto probabilmente non porterà benefici effettivi alle procedure, ma si limiterà solo allo sterile contenimento degli onorari, con ricaduta negativa di professionalità, soprattutto nelle procedure più complesse.

L'unificazione del modello processuale, trova la sua criticità sotto il profilo della **parziale concentrazione** degli affari in esame, operata attraverso una **competenza funzionale di tre distinte categorie di tribunali**, a seconda della complessità o meno delle procedure, astrattamente determinate sulla base di requisiti dimensionali o tipologici. A fronte della celerità e della specializzazione molto probabilmente si sacrificherà il diritto ad avere un giusto processo, regolato dalla legge.

- II. Specializzazione dei giudici addetti alla materia concorsuale.** Sebbene tale previsione sia astrattamente corretta, in pratica realizzerà due velocità diverse della giustizia. Infatti da una parte si estende la competenza dei Tribunali delle Imprese per le procedure relative alle imprese più grandi, dall'altra, le procedure di crisi o insolvenza minori, saranno affidate a un numero ristretti di Tribunali esistenti.
- III. Competenza unica.** Verrà individuata sul nuovo criterio territoriale del **centro degli interessi principali del debitore**, così come definito dall'ordinamento dell'Unione Europea. Di fatto tale criterio, secondo la consolidata interpretazione giurisprudenziale dell'art 9 LF., è già applicato. Pertanto di fatto non vi saranno differenze apprezzabili.
- IV. Categorie di debitori assoggettabili ad accertamento dello stato di crisi o di insolvenza** (tenuto anche conto del carattere unitario del procedimento). Tutte le categorie di debitori saranno assoggettate alla disciplina della crisi e dell'insolvenza, con la sola esclusione degli enti pubblici. Ovviamente per le relative procedure previste per la categoria (liquidazione giudiziale, sovradebitamento, esdebitazione).
- Le categorie sono:
- persona fisica,
  - persona giuridica (anche non esercente attività commerciale),
  - ente collettivo (es. enti privati non commerciali come associazioni, riconosciute e non, i comitati, le fondazioni, le associazioni di volontariato, le associazioni sportive dilettantistiche, le Organizzazioni Non Governative (ONG), le Organizzazioni Non Lucrative di Utilità Sociale (ONLUS), le associazioni di promozione sociale e così via),
  - consumatore,
  - professionista,
  - imprenditore esercente un'attività commerciale, agricola o artigianale.
- V. Riordino e revisione del sistema dei privilegi.** Tale riordino ha l'obiettivo di ridurre le ipotesi di privilegio generale e speciale, con particolare riguardo ai privilegi retentivi, eliminando così quelli non più attuali ed adeguandoli in conformità all'ordine delle cause legittime di prelazione.
- VI. Criteri di quantificazione del danno risarcibile nell'azione di responsabilità.** Le azioni di responsabilità promosse contro l'organo di amministrazione della società verrà fondata sulla violazione di quanto previsto dall'art. 2486.
- VII. Applicabilità delle disposizioni dell'art. 2409 alle società a responsabilità limitata.** Si risolve l'annosa querelle giurisprudenziale, prevedendo espressamente anche per le SRL la denuncia al Tribunale di gravi irregolarità nell'amministrazione della società.



**Michele Gentile**

Economista, Commercialista e  
CTP nei processi civili e penali,  
diritto di impresa.  
Presidente e Fondatore  
della G & J System SA  
Consulting Company



G & J System SA  
Via Besso 31  
6900 Lugano  
Tel. +41 (0)91 966 9421  
Fax +41 (0)91 966 9427  
info@gej.ch  
www.gej.ch

*Follow us on*

