



**“SOLUZIONI GIUDIZIALI E SOLUZIONI NEGOZiate DELLE CRISI DI  
IMPRESA. LA PARTECIPAZIONE ED I POTERI DEI CREDITORI”\***

di

UGO CAMPESE

\*Testo della relazione svolta nell’ambito del seminario di studi tenutosi in Benevento il 5 marzo 2010 presso l’Università Telematica Giustino Fortunato, Facoltà di Giurisprudenza.



**1). INQUADRAMENTO DEL TEMA.**

La revisione quasi integrale della Legge Fallimentare, dopo più di mezzo secolo dalla sua *nascita*, concreta una *rivoluzione copernicana* della materia, non solo per il mutato contesto socioeconomico e geografico nel quale le imprese si trovano oggi ad agire, bensì per il nuovo e differente approccio alla ricerca della risoluzione della crisi d’impresa secondo prassi in parte già invalse sotto la vecchia disciplina.

Crisi d’impresa che non viene vista, come nel recente passato, quale presupposto per l’ammissione a procedure concorsuali prevalentemente liquidatorie, ma quale *opportunità* per la sua risoluzione, per la tutela dell’attività economica e del credito attraverso una variegata gamma di opzioni giudiziali e stragiudiziali.

L’articolato quadro innanzi delineato ha indotto il Legislatore a disegnare quasi *ex novo* l’*architettura* delle procedure concorsuali, innovandone la struttura e la natura.

Il radicale cambio del *palcoscenico* ha finito per incidere, in modo determinante e profondo, anche sugli *attori* e sulle *parti loro assegnate*.

La riforma del diritto fallimentare, pertanto, ha necessariamente ridefinito i ruoli, le prerogative ed i poteri dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa nonché degli organi giudiziari e delle figure professionali investiti della stessa.

In questa ottica alla forte compressione del ruolo e dei poteri attribuiti al Tribunale ed al Giudice Delegato, ai quali oggi compete prevalentemente l'attività di vigilanza e di controllo che non quella di direzione della procedura concorsuale, fa da contraltare l'espansione dei ruoli e dei poteri del Curatore, del Commissario Giudiziale e, soprattutto, dei creditori.

Creditori non più relegati in una posizione passiva, per lo più di attesa dell'evolversi degli eventi, ma partecipi e protagonisti della soluzione della crisi di impresa, con assunzione diretta di iniziativa e di responsabilità in ordine alla gestione ed al buon esito della stessa.

Inquadrato per grandi linee il tema, di sicuro affascinante ed in parte nuovo, occorre brevemente verificarne la portata sia con riguardo alle soluzioni giudiziali che in riferimento alle soluzioni stragiudiziali.

\* \* \*

## **2). SOLUZIONI GIUDIZIALI DELLE CRISI D'IMPRESA.**

Passando velocemente in rassegna le soluzioni giudiziali della crisi d'impresa previste dalla Legge Fallimentare può affermarsi che le stesse si

concretano non solo nelle procedure di concordato preventivo e di concordato fallimentare, ma, seppure a prima vista può sembrare paradossale, anche in quella di fallimento.

**(a)**

Il **concordato preventivo** risente della scelta legislativa ispirata da un chiaro *favor* per l'autonomia privata delle parti.

L'iniziativa della proposta è rimasta riservata al debitore il quale gode di *flessibilità* nella presentazione del piano di ristrutturazione dei debiti “**attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titolo di debito**” (articolo 160, lettera a) L.F.).

Alla estrema duttilità della proposta concordataria corrisponde, **per i creditori**, l'ampliarsi delle possibilità di una effettiva compartecipazione alla **risoluzione della crisi d'impresa**, tesa alla tutela del proprio credito non solo mediante il recupero dello stesso, bensì attraverso l'adesione alle proposte di una sua conversione in capitale di rischio (ad esempio mediante il conferimento di beni dell'imprenditore in una società con assegnazione ai creditori delle azioni o quote a soddisfacimento dei loro crediti, a titolo di compensazione oppure di *datio in solutum* o di novazione), fino ad arrivare all'assunzione, liberatoria o cumulativa, dell'obbligo di eseguire il concordato in cambio della cessione in proprio favore dei beni del debitore (articolo 160, lettera b), L.F.).

In tal modo il Legislatore ha finito per recepire una prassi già invalsa nell'ambito della risoluzione stragiudiziale della crisi d'impresa.

Altra novità introdotta dalla nuova disciplina attiene al fatto che **l'articolo 160 L.F.**, tra le condizioni di ammissione al concordato preventivo, **non prevede alcuna percentuale minima di soddisfazione dei crediti chirografari**, a differenza della disciplina previgente che presupponeva il pagamento degli stessi in misura percentuale pari ad almeno il 40 %.

I **creditori privilegiati** sono esclusi dalla votazione a meno che, come già disposto in passato, **“rinunciano in tutto o in parte alla prelazione, per la parte di credito non coperta dalla garanzia”** (articolo 177, secondo comma, L.F.), **oppure – e ciò costituisce una ulteriore innovazione derivante dalla possibilità di suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica ed interessi economici – allorquando per gli stessi “la proposta di concordato prevede, ai sensi dell'articolo 160, la soddisfazione non integrale”** (articolo 177, terzo comma, L.F.), essendo equiparati in entrambe le ipotesi, per la parte residua di credito per cui vi è rinuncia alla prelazione o non integrale soddisfazione, ai creditori chirografari.

**Da una veloce lettura delle norme riguardanti il concordato preventivo** – procedura che negli ultimi anni ha subito un notevole incremento anche in conseguenza dell'attuale crisi economica – appare evidente, come sostenuto da parte di autorevole dottrina (ADRIANO PATTI, *“I diritti dei creditori nel nuovo concordato preventivo”* in *“La tutela dei diritti nella riforma fallimentare”* a cura di GIOVANNI LO CASCIO, Ipsoa, 2006, 290-291), **che il Legislatore ha inteso promuovere una istanza di autonomia privata extraprocedimentale tra debitore e creditori forti**, consapevole della debolezza dei momenti di confronto nell'ambito della procedura.

Ciò significa *“che il vero presidio dell’autonomia privata sta nel controllo del giudice, in contrapposizione, non già ad essa, ma alla logica di una regolazione negoziale sulla base di rapporti di forza”* (così ivi, 291).

**(b)**

Anche il **concordato fallimentare** risulta fortemente innovato rispetto a quello previgente, avendo mutato natura e finalità.

Infatti, alla natura di beneficio per il debitore fallito si è sostituita quella di procedimento di risoluzione della crisi dell’impresa.

Alla finalità liquidatoria, – che nell’intera filosofia della Legge Fallimentare attuale costituisce ipotesi ultima e residuale, – si è sostituita quella conservativa e di ricollocazione dell’impresa sul mercato.

**Diretto e radicale cambiamento si è verificato in tema di legittimazione a proporre la domanda di concordato fallimentare, poiché il nuovo articolo 124, primo comma, L.F. statuisce che la stessa può essere presentata principalmente “da uno o più creditori o da un terzo”, oltre che dal fallito con particolari limitazioni temporali (dopo decorso un anno dalla dichiarazione di fallimento e purché non siano decorsi due anni dalla decreto che dichiara esecutivo lo stato passivo).**

Al pari del concordato preventivo **anche quello fallimentare può prevedere la soddisfazione dei creditori non solo in termini economici bensì attraverso qualsiasi altra forma** (mediante cessione dei beni, accollo e altre operazioni

straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote o obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito, e con trattamenti diversificati e disomogenei per gli stessi creditori divisi in classi).

Ciò proprio in quanto l'istituto costituisce espressione dell'autonomia privata, senza alcun contenuto rigidamente predeterminato.

Altra innovazione importante viene introdotta dal **terzo comma del citato articolo 124 L.F.**, il quale stabilisce che *“la proposta può prevedere che i creditori muniti di diritto di prelazione non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione del collocamento preferenziale, sul ricavato della vendita, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile al cespite o al credito oggetto della garanzia, indicato nella relazione giurata di un esperto o di un revisore contabile o di una società di revisione designati dal tribunale”*.

In buona sostanza la norma ha ammesso il pagamento parziale di creditori privilegiati condizionandolo alla **astratta prevedibilità** che i beni sui quali grava la prelazione siano venduti ad un prezzo che non consenta la soddisfazione integrale dei crediti garantiti, secondo la relazione giurata di un esperto, di un revisore o di una società di revisione nominati dal tribunale.

**L'ultimo comma dell'articolo 124 L.F.** dispone che la proposta, presentata da uno o più creditori o da un terzo, *“può prevedere la cessione, oltre che dei beni compresi nell'attivo fallimentare, anche delle azioni di pertinenza*

*della massa, purché autorizzate dal giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa”.*

Come si vede **la norma definisce il fenomeno dell'assunzione**, e non la figura dell'assuntore (che, invece, viene espressamente richiamata soltanto dall'attuale articolo 160, lettera b), L.F.).

Ne consegue che **l'assuntore del concordato fallimentare può anche essere un creditore interessato ad acquistare il complesso dei beni costituenti l'impresa in crisi.**

**Assuntore che può**, ma che non deve necessariamente, **essere diverso dal proponente**, come invece disposto nella disciplina previgente.

Lo stesso può limitare gli impegni assunti con il concordato fallimentare ai creditori ammessi al passivo ed a quelli che hanno proposto opposizione (articolo 124, ultimo comma, L.F.).

In tal caso, verso gli altri creditori, continua a rispondere il fallito, fermo quanto disposto dagli articoli 142 e seguenti in caso di sua esdebitazione.

### **(c)**

Anche nell'ambito del **fallimento** la scelta di fondo operata dal Legislatore ha comportato novità in relazione alle prerogative ed ai poteri attribuiti ai creditori.

Grande rilievo hanno assunto il ruolo e le attribuzioni del comitato dei creditori, il quale nel sistema previgente rivestiva un carattere meramente rappresentativo e consultivo.

Il ruolo di detto comitato è funzionale al profilo privatistico privilegiato dalla riforma fallimentare.

Infatti, oltre ad accentuarne il carattere rappresentativo, le funzioni consultive e di controllo già in precedenza attribuite allo stesso, sono stati assegnati al comitato dei creditori **poteri autorizzatori**, si è prevista la possibilità di corresponsione di un compenso per i suoi componenti nonché la responsabilità civile degli stessi.

I **poteri autorizzatori conferiti al comitato dei creditori**, ed in precedenza spettanti agli organi giurisdizionali, riguardano svariate attività (fra le tante si ricordano le autorizzazioni al curatore previste dall'articolo 35 L.F. in tema di riduzione dei crediti; di transazioni; di compromessi; di rinunzie alle liti; di ricognizioni di diritti dei terzi; di cancellazione delle ipoteche; di restituzione di pegni; di svincolo delle cauzioni; di accettazione di eredità e donazioni; di atti di straordinaria amministrazione) e determinano la partecipazione attiva dei creditori circa la formazione del processo decisionale dell'ufficio concorsuale.

**E' espressamente prevista la responsabilità dei componenti del comitato dei creditori la cui disciplina è affidata al richiamo della disposizione dell'articolo 2407, primo e terzo comma, del Codice Civile dettato per i sindaci delle s.p.a. in quanto compatibile.**

Ne consegue che **i componenti del comitato dei creditori devono adempiere alle loro funzioni “con la professionalità e diligenza richieste dalla natura dell’incarico”** (così espressamente articolo 2407, primo comma, del Codice Civile).

Sul punto è stato agevolmente rilevato che la **carenza di professionalità dei creditori** (nel senso che gli stessi non sono in genere provvisti delle competenze tecniche, giuridiche ed economiche per potere svolgere in modo incisivo le attribuzioni conferite) rende problematica l’applicazione del criterio.

Anche in ordine alla **diligenza richiesta** deve osservarsi che non può parlarsi di diligenza specifica *ex* articolo 1176, secondo comma, del Codice Civile, ma di una **diligenza media**, tenuto conto del carattere non professionale dell’incarico.

Questo determinerà, senza dubbio, una minore severità nella valutazione dell’impegno richiesto ai componenti del comitato dei creditori nello svolgimento dei compiti loro attribuiti.

Il nuovo ruolo assegnato ai creditori, connesso alla previsione di una loro responsabilità ed alla eventuale remunerazione del compito, impone agli stessi, nell’interesse generale della procedura, un radicale cambio di mentalità che costituisce la vera scommessa operata dal Legislatore nell’ambito della procedura di fallimento; scommessa sulla quale, purtroppo, molti operatori hanno già espresso il loro scetticismo.

Ciò anche in virtù del ruolo residuale assegnato al Giudice Delegato, il quale, nell’ipotesi di inerzia, di impossibilità di costituzione o di funzionamento del

comitato, nonché nei casi di urgenza, può autorizzare gli atti in luogo dello stesso (articolo 41, quarto comma, L.F.).

\* \* \*

### **3). SOLUZIONI STRAGIUDIZIALI DELLE CRISI D'IMPRESA.**

Uno dei punti qualificanti la riforma della Legge Fallimentare consiste nell'aver recepito strumenti stragiudiziali di risoluzione della crisi d'impresa di natura privatistica già elaborati dalla prassi, la cui ampia diffusione era di fatto impedita dalle possibili ripercussioni negative in caso di loro insuccesso.

Infatti le operazioni poste in essere in esecuzione di detti strumenti non erano esenti dall'azione revocatoria e potevano essere fonte di responsabilità civile e penale per l'imprenditore e per i creditori che vi avevano preso parte.

Oggi con la loro previsione e disciplina il Legislatore ha mostrato chiaramente di favorire l'autonomia privata negoziale anche al fine di limitare, se possibile, il ricorso ai procedimenti concorsuali giudiziali.

Le soluzioni stragiudiziali della crisi d'impresa previste dalla Legge Fallimentare riguardano:

- (a)** gli accordi di ristrutturazione dei debiti (articolo 182 bis L.F.);
- (b)** il piano attestato di risanamento e di riequilibrio finanziario (articolo 67, terzo comma, lettera d) L.F.).

**(a)**

L'articolo 182 *bis* L.F. statuisce che il debitore in stato di crisi può chiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il 60 % dei crediti unitamente ad un relazione sull'attuabilità dello stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei, redatta da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili che abbia determinati requisiti.

Ciò è sufficiente ad esentare dalla revocatoria fallimentare qualsiasi pagamento, atto e garanzia posti in essere in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione (articolo 67, terzo comma, lettera e) L.F.); non essendo previsto alcun termine il predetto effetto può attraversare varie fasi del procedimento.

In relazione alla esenzione della revocatoria la posizione dei creditori è assolutamente eterogenea e diversificata.

La stessa può suddividersi in tre categorie, e cioè:

- (1) la categoria dei creditori partecipanti all'accordo;**
- (2) la categoria creditori non partecipanti all'accordo e preesistenti alla pubblicazione dello stesso nel registro delle imprese;**
- (3) la categoria dei creditori che hanno contrattato con l'imprenditore dopo la pubblicazione e la omologazione dell'accordo.**

Per quanto concerne i **creditori partecipanti all'accordo** gli stessi sono **consapevoli dei rischi e delle prospettive** essendone parte ed avendolo accettato; ragione per cui non hanno bisogno di alcuna tutela.

**Ai creditori non partecipanti all'accordo e preesistenti alla sua pubblicazione nel registro delle imprese la tutela concessa consiste nella possibilità di proporre opposizione avverso lo stesso entro i trenta giorni successivi alla suddetta pubblicazione (articolo 182 bis, ultimo comma, L.F.).**

**I creditori non partecipanti all'accordo e successivi alla sua pubblicazione ed omologazione non hanno bisogno di tutela perché sono (o devono in ogni caso intendersi) a conoscenza dello stesso e sanno che le garanzie concesse al debitore in esecuzione dell'accordo non sono revocabili neanche nell'ipotesi di un successivo fallimento.**

A differenza di quanto accade nel concordato preventivo, in cui la scelta operata dalla maggioranza dei creditori incide su quella degli altri, può dirsi che **il pregiudizio dei creditori che non aderiscono all'accordo è di mero fatto poiché lo stesso comporta solo la irrevocabilità degli atti compiuti in sua esecuzione.**

Inoltre, come visto, tale pregiudizio è ampiamente bilanciato dalla possibilità di opporsi all'accordo e di sollecitarne il controllo giudiziale.

Se da un lato **l'accordo di ristrutturazione** rispetto al concordato sembra comportare una maggiore celerità, snellezza e contenimento di costi processuali, dall'altro, **presenta lo svantaggio di non poter imporre ai creditori dissenzienti alcuna decurtazione dei loro crediti, né di porre il patrimonio dell'imprenditore al riparo dalle azioni esecutive dei creditori**, non essendo previsto alcun divieto al riguardo e potendo essere concordata tale possibilità soltanto con i creditori aderenti allo stesso.

Per quanto attiene specificamente la **tutela dei creditori nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione** la stessa può esplicarsi in diverse forme e su differenti piani.

**Un primo livello di tutela è rappresentato dal controllo omologatorio del Tribunale mediante procedimento camerale** (articolo 182 bis L.F.).

In detto procedimento i creditori e “*ogni altro interessato*” possono proporre opposizione all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione entro trenta giorni dalla pubblicazione dello stesso nel registro delle imprese.

In tal caso il Tribunale investito della questione dovrà prima decidere gli specifici profili di contestazione sollevati da coloro che si oppongono all'omologazione dell'accordo ed, all'esito, procedere eventualmente all'omologazione dello stesso.

Pertanto il controllo da esperire dovrà essere necessariamente indirizzato non soltanto a verificare la completezza della relazione dell'esperto, l'attuabilità dell'accordo e l'idoneità a garantire il pagamento dei creditori estranei, ma, e principalmente, i particolari motivi di opposizione all'omologazione.

**Altra forma di tutela consiste nella possibilità per i creditori di richiedere il fallimento dell'imprenditore proponente l'accordo di ristrutturazione dei debiti.**

E ciò sia nell'ambito del procedimento di omologazione sia nella successiva fase di esecuzione dell'accordo omologato, allorquando non venga

rispettato il contenuto negoziale dell'intesa circa i tempi e le modalità di pagamento, anche riguardo ai creditori estranei all'accordo, oppure quest'ultimo appaia inattuabile o comunque inidoneo a superare lo stato di crisi.

**Infine, ulteriore tutela dei creditori è rappresentata dalla astratta ipotizzabilità dell'azione risarcitoria nei confronti dell'esperto il quale, per colpa, abbia attestato l'attuabilità dell'accordo e la sua idoneità ad assicurare il pagamento dei creditori estranei.**

La responsabilità dell'esperto è di natura contrattuale non solo nei confronti del debitore ma anche nei confronti dei creditori, aderenti o meno all'accordo.

Nell'ambito dell'azione risarcitoria profilo particolarmente delicato attiene alla prova del danno, che ne costituisce il vero problema e ne condiziona la concreta esperibilità.

**(b)**

A differenza di quanto avviene in relazione agli accordi di ristrutturazione **per i piani attestati di risanamento non è prevista**, dalla nuova Legge Fallimentare, una disciplina autonoma bensì soltanto **una scarna indicazione dell'istituto con specifico riguardo al suo impatto sul sistema revocatorio.**

Infatti l'articolo 67, terzo comma, lettera d) L.F., statuisce che **non sono soggetti all'azione revocatoria “*gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad***

*assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'articolo 28, lettera a) e b), ai sensi dell'articolo 2501-bis, quarto comma, del codice civile”.*

**Il piano di risanamento e di riequilibrio finanziario non richiede alcun accordo con i creditori**, ma può essere unilateralmente determinato dall'imprenditore.

Pertanto non è necessaria una condivisione negoziale alla soluzione della crisi d'impresa da parte dei creditori o di alcuni di essi, come invece nell'accordo di ristrutturazione.

La sua formazione contrattuale è meramente eventuale (ad esempio con l'accordo di quei creditori che accettino la parziale decurtazione dei loro crediti prevista nel piano).

In ogni caso è consigliabile, in via prudenziale, che il piano sia accompagnato da una convenzione con i creditori, o con parte degli stessi, in modo da seguire, per quanto possibile, un *“percorso protetto”*.

Tutti i creditori che rimangono estranei al piano devono essere pagati per intero, alle scadenze pattuite e con mezzi normali.

Data la natura e peculiarità dell'istituto i creditori non possono proporre alcuna opposizione al piano o chiedere all'autorità giudiziaria il controllo della sua validità.

\* \* \*

#### 4). CONSIDERAZIONI FINALI.

Dal rapido esame fin qui svolto emerge che la nuova Legge Fallimentare ha cambiato *le regole del gioco* per la risoluzione della crisi d'impresa.

Diverse sono le variabili che militano a favore o contro la praticabilità di tali soluzioni giudiziali o stragiudiziali.

Tutto ciò richiede che il creditore sia dotato di una spiccata capacità di valutazione e di assunzione del rischio; dinamicità che può in parte riconoscersi alle imprese bancarie o di grandi dimensioni, ma che in genere difetta nei piccoli e medi operatori commerciali.

Il perdurare della grave crisi economica internazionale, i cui effetti devastanti si sono propagati anche in campo nazionale, ha ingenerato negli ultimi anni un crescente ricorso alle procedure concordate di risoluzione della crisi di impresa.

Questo difficile contesto costituisce la vera *occasione* per far sì che i creditori ne divengano finalmente protagonisti attivi e non continuino, come in passato, a recitare la parte come nel *teatro delle maschere* di pirandelliana memoria.