

IL COMMERCIALISTA VENETO n. 153 - MAGGIO / GIUGNO 2003



ASSOCIAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI DELLE TRE VENEZIE

INSERTO

RIFORMA DELLA LEGGE FALLIMENTARE Considerazioni e proposte

A cura del
GRUPPO DI LAVORO
"RIFORMA DELLE PROCEDURE CONCORDATARIE"

Consigliere Delegato Fabrizio Franchi *Presidente* Franco Michelotti *Segretario* Andrea Bonechi
Membri Cristina Bauco Erminio Maggia Luca Mandrioli Alessandro Solidoro Lodovico Zocca

Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti

RIFORMA DELLA LEGGE FALLIMENTARE

Considerazioni e proposte

Sommario 1. Introduzione. 2. Il ritardo della riforma italiana rispetto alla normativa europea. 3. Il salvataggio dell'impresa e la tutela dei livelli occupazionali quali interessi prevalenti rispetto alla tutela dei creditori. Il bilanciamento degli interessi. 4. Il problema dell'effettiva osservanza delle nuove regole. Le misure incentivanti ed i limiti comunitari in tema di aiuti di Stato. 5. Semplificazione ed avvicinamento alla normativa europea, quali direttrici della riforma. 6. La procedura anticipatoria o della crisi d'impresa. 7. Il pericolo di insolvenza. 8. Le misure incentivanti. 9. I meccanismi di allerta. 10. Le fasi della procedura concorsuale. 10a. Il periodo di osservazione. 10b. La procedura di crisi. 10c. La procedura di insolvenza. 11. Il nuovo sistema revocatorio. 12. Aspetti penali. 13. Le procedure concorsuali e il diritto tributario. 14. Nuove regole per l'insolvente civile e per gli enti non profit.

1. Introduzione

Sono trascorsi ormai più di sessant'anni da quando - nel 1942 - entrò in vigore il regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, recante la "disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa", ai più meglio nota come legge fallimentare. Nonostante i ripetuti e considerevoli interventi della Corte Costituzionale, l'incessante opera interpretativa, non scevra di indirizzi innovativi, della giurisprudenza di merito e di legittimità dell'autorità giudiziaria ordinaria, i principi fondamentali della legge fallimentare attualmente in vigore sono rimasti gli stessi enunciati nel 1942, quando ancora vigeva lo Statuto Albertino, quale legge fondamentale dello Stato italiano.

Dal dopoguerra ad oggi le grandi riforme che hanno modernizzato il paese hanno interessato i più importanti settori della nostra società, quali la scuola, l'università, la famiglia, la sanità, il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni, il

fisco, la previdenza, la tutela del consumatore, il sistema creditizio, la *privacy*, l'edilizia e l'urbanistica, la pubblica amministrazione, la moneta, le società e la borsa e via dicendo, ma non il diritto fallimentare, con l'eccezione della c. d. legge Prodi per le grandi imprese in crisi. Anche la Costituzione repubblicana, entrata in vigore nel 1948, è stata riformata con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3.

2. Il ritardo della riforma italiana rispetto alla normativa europea

Da molto tempo, dunque, si attende una legge che adegui le procedure per la composizione delle crisi d'impresa in senso lato alle mutate esigenze di un'economia di mercato aperta, in continua evoluzione e sempre più globalizzata.

Il grave ritardo del legislatore nel riformare le regole per le imprese insolventi o, comunque, in stato di crisi è avvertito ovunque, non solo in Italia, ma anche nell'Unione Europea. Il Consiglio d'Europa, infatti, ha approvato il 29 maggio 2000 il regolamento n. 1346, entrato in vigore il 31 maggio 2002, relativo alle procedure d'insolvenza transfrontaliere.

Il nostro paese deve adeguare in fretta la propria legislazione al mutato contesto normativo europeo di riferimento.

E' opinione diffusa che l'enunciazione delle linee guida per una riforma del diritto fallimentare interno debba essere compatibile con i principi della legislazione europea, non solo nella specifica materia dell'insolvenza di cui al regolamento appena citato, ma anche - più in generale - in tema di necessità e proporzionalità dell'intervento dello Stato, come pure riguardo all'osservanza della normativa sugli aiuti di Stato.

3. Il salvataggio dell'impresa e la tutela dei livelli occupazionali quali interessi prevalenti rispetto alla tutela dei creditori.

Il bilanciamento degli interessi.

Il dibattito attualmente in corso sulla modernizzazione del sistema delle procedure concorsuali ha posto l'accento sulla natura prevalentemente liquidatoria delle procedure fondate sull'insolvenza del debitore e sulla preminente tutela dei creditori rispetto alla salvaguardia dei valori aziendali, alla conservazione dell'impresa e alla tutela dei livelli occupazionali, quali principi su cui si incardinano le più recenti normative sulle crisi d'impresa dei principali paesi dell'U. E.. Nel contempo, l'insuccesso dell'amministrazione controllata, nel risanamento delle imprese in crisi, ha reso evidente

l'inadeguatezza della attuale legge fallimentare a regolare efficacemente nell'interesse del paese la selezione tra imprese in crisi da espellere dal mercato e imprese meritevoli di essere risanate per ritornare a creare ricchezza e nuovi posti di lavoro.

4. Il problema dell'effettiva osservanza delle nuove regole. Le misure incentivanti ed i limiti comunitari in tema di aiuti di Stato.

In questa prospettiva *de iure condendo*, occorre anche ripensare non solo la finalità delle nuove regole di condotta nella materia *de qua*, ma anche la portata degli strumenti che lo Stato adotta per rendere effettivo il cambiamento nei comportamenti delle imprese in crisi.

Al tradizionale mezzo coercitivo della sanzione, sia essa civile, amministrativa o penale, il cui effetto preventivo di natura dissuasiva del comportamento vietato caratterizza il precetto giuridico, inducendo alla sua osservanza, nella materia delle procedure concorsuali si potrebbe in alternativa dare prevalenza a *misure incentivanti di natura privatistica, previdenziale e tributaria*, ottenendo in tal modo il cambiamento voluto dal legislatore mediante una effettiva osservanza della nuova norma da parte delle imprese in crisi al fine di fruire i vantaggi disposti dal legislatore della riforma. Detti vantaggi debbono essere strumentali a dare efficacia ad una normativa che si propone di risolvere le crisi di impresa mediante la sua tempestiva applicazione.

L'esercizio della potestà legislativa in materia premiale nelle procedure concorsuali potrebbe astrattamente trovare limiti nella legislazione europea sugli aiuti di Stato e nel principio di eguaglianza formale della nostra carta costituzionale. E' compito del legislatore formulare una disciplina che sia rispettosa di tali limiti costituzionali e comunitari, anche se in linea generale è da ritenere che, comunque, all'interno di tali limitazioni sia possibile delineare una normativa innovativa delle procedure concorsuali la cui effettiva osservanza sia legata in prevalenza al premio piuttosto che alla sanzione.

Si è detto che l'introduzione delle misure incentivanti deve avvenire nel pieno rispetto degli orientamenti comunitari in tema di aiuti di Stato ed, in particolare, di aiuti per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà.

A tal proposito non va, infatti, dimenticato che il problema di una possibile incompatibilità fra le future disposizioni agevolative nell'ambito della riforma della legge fallimentare e gli orientamenti comunitari, affonda le proprie radici nel noto principio di prevalenza delle norme comunitarie su quelle interne, e nelle conseguenze che provoca il contrasto delle seconde con le prime, ed in particolare la soppressione o la modifica di regimi di aiuto già esistenti o la non possibilità di dare esecuzione ai progetti diretti ad istituire o modificare aiuti sino a quando non si è espressa la Commissione Europea.

Infatti, i progetti diretti ad istituire nuovi aiuti o destinati a modificare quelli già esistenti sono sottoposti non solo all'obbligo di notifica alla Commissione, ma anche alla cosiddetta "clausola di sospensione" o "obbligo di standstill". Tale clausola impone allo Stato membro della Comunità europea di non dare esecuzione al progetto di aiuto fino alla declaratoria di autorizzazione da parte della Commissione al termine dell'esame preliminare o del procedimento di indagine formale, o fino a che non siano trascorsi due mesi dalla notifica completa alla Commissione.

La disciplina contemplata nel Trattato CE

L'articolo 87, comma uno, del Trattato CE stabilisce che <<salvo deroghe contemplate dal presente trattato, sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza>>.

Pertanto il Trattato, nel porre il principio dell'incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune, non vieta in modo assoluto i suddetti aiuti ma semplicemente vuole evitare che gli stessi possano falsare le condizioni della concorrenza sul mercato, pregiudicando in tal modo gli scambi fra gli Stati membri in una misura che superi di gran lunga i vantaggi che ne possono derivare.

Gli orientamenti comunitari in tema di aiuti: il salvataggio e la ristrutturazione

Fermo restando che per aiuto di Stato si deve intendere ogni vantaggio o beneficio economicamente apprezzabile, anche non gratuito, conferito in forza di un intervento pubblico, caratterizzato dalla specificità o dalla selettività della misura adottata, in tema di salvataggio e ristrutturazione di imprese in difficoltà, la Commissione Europea ha delineato alcuni orientamenti contenuti nella Comunicazione agli Stati membri n. 288/02 del 1999.

Innanzitutto va rilevato che, pur non esistendo una definizione di impresa in difficoltà da parte della Comunicazione in oggetto, la Commissione ritiene che un'impresa sia in difficoltà quando la stessa non sia in grado, con le proprie risorse finanziarie o ottenendo i fondi necessari dai proprietari e/o azionisti o dai creditori, di contenere le perdite che potrebbero condurla quasi certamente, senza un intervento esterno dei poteri pubblici, al collasso economico a breve o a medio termine.

Quanto alla tipologia degli aiuti va rilevato che la Commissione Europea, nella Comunicazione in oggetto, prevede due diverse forme di aiuto alle imprese in difficoltà, finalizzate rispettivamente al salvataggio dal fallimento ed alla ristrutturazione, ossia al ripristino della redditività, delle stesse.

Gli aiuti al salvataggio

Per quanto concerne gli aiuti al salvataggio, ossia quegli aiuti di carattere transitorio finalizzati a mantenere in attività un'impresa in difficoltà per il periodo corrispondente al tempo necessario ad elaborare un piano di ristrutturazione o di liquidazione, la Commissione precisa che essi per essere compatibili con il Mercato comune devono essere limitati nel tempo e nel loro ammontare e, più precisamente, a quanto strettamente necessario per mantenere l'impresa in attività, ma devono anche consistere in aiuti di tesoreria sotto forma di garanzia di crediti o di erogazione di crediti, il cui tasso d'interesse deve essere almeno comparabile ai tassi applicati ai prestiti concessi alle imprese sane ed il rimborso dei crediti erogati deve essere effettuato entro dodici mesi dalla data dell'ultimo versamento alle imprese delle somme prestate.

Gli aiuti alla ristrutturazione

Per quanto riguarda, invece, gli aiuti alla ristrutturazione di un'impresa in difficoltà, la Commissione europea afferma che affinché gli stessi siano compatibili con il Mercato comune occorre che i medesimi siano collegati ad un piano di ristrutturazione realizzabile il quale, cioè, proponga una

trasformazione dell'azienda tale da permettere di ripristinare, entro un lasso di tempo ragionevole, l'efficienza economico-finanziaria della stessa.

Per quanto concerne la forma degli aiuti di Stato alla ristrutturazione delle imprese in difficoltà va rilevato come essi possano consistere in conferimenti di capitale; nella cancellazione dei debiti; nell'erogazione di crediti, sgravi fiscali o di contributi per oneri sociali o garanzie sui prestiti e possano essere concessi una sola volta, ossia "una tantum".

5. Semplificazione ed avvicinamento alla normativa europea, quali direttrici della riforma.

Sotto altro profilo, poi, il confronto con le legislazioni degli altri paesi europei pone in evidenza come l'attuale legge fallimentare scoraggi - a differenza di queste ultime - la composizione negoziale delle crisi tra gli stessi protagonisti, il debitore e i creditori, attraverso la mancanza della tutela di tali accordi stragiudiziali nel successivo fallimento allorché i pagamenti eseguiti per effetto di tali accordi, poi, non completamente onorati, risultino - sotto l'aspetto civilistico - revocabili e - sotto l'aspetto penale - fatti di bancarotta preferenziale, pur in presenza degli altri presupposti stabiliti dalla legge.

Da questi spunti ricostruttivi occorre prendere le mosse per delineare i principi ed i criteri direttivi di una legge delega per la riforma delle procedure concorsuali italiane che non può non avvicinarsi alle recenti legislazioni degli altri paesi dell'U. E..

Le procedure concorsuali in Italia sono il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, il concordato preventivo, l'amministrazione controllata e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza. Per le imprese di particolare rilevanza da un punto di vista economico e sociale (banche, società di revisione, fiduciarie, assicurazioni, ecc.), poi, sono previste particolari procedure per regolare l'insolvenza.

Orbene, tale frammentazione del sistema è da ritenere attualmente superata, ponendosi l'esigenza di semplificare la normativa in vigore.

Se i due interessi prevalenti da tutelare sono il salvataggio dell'azienda e dei relativi posti di lavoro, quando è possibile, e l'uscita dal mercato negli altri casi, allora occorre modellare la riforma su due livelli di norme, dei quali il primo sia destinato al risanamento delle imprese in crisi, intendendo per crisi la fase anteriore all'insolvenza, dunque con carattere anticipatorio, e il secondo di carattere liquidatorio, volto alla rapida alienazione di tutto il patrimonio e al pagamento dei creditori.

6. La procedura anticipatoria o della crisi d'impresa.

E' ormai opinione del tutto consolidata che nell'attuale sistema normativo il ricorso all'amministrazione controllata avvenga in ritardo, quando la crisi è divenuta irreversibile, perché l'impresa versa in stato di insolvenza, anziché in temporanea difficoltà ad adempiere.

Una delle caratteristiche salienti della riforma deve essere il risanamento delle imprese quale mezzo per la salvaguardia dei valori aziendali e della relativa occupazione.

Grande importanza ha nella riforma il ruolo della procedura anticipatoria o di crisi.

L'accesso alla medesima, di regola, è esercitato dal debitore, il quale conosce il reale stato di difficoltà della sua impresa.

Tuttavia, data la pessima prova che ha dato l'amministrazione controllata, si ritiene che debbano essere introdotti dei *correttivi*

alla disciplina attualmente in vigore che siano idonei a far sì che ai primi sintomi di difficoltà si dia avvio alla procedura.

7. Il pericolo di insolvenza

In questa prospettiva, il primo correttivo proposto è in tema di presupposto per l'ammissione alla procedura di crisi; esso dovrebbe essere dato dai sintomi di squilibrio patrimoniale, economico o finanziario, tali da determinare il rischio o il pericolo di insolvenza, oltretutto la temporanea difficoltà ad adempiere.

E' da ritenere preferibile non definire il concetto di rischio o pericolo di insolvenza nella riformanda materia in quanto la nuova procedura anticipatoria o della crisi di impresa potrà essere avviata a seguito di un sistema di diagnosi precoce nel prosieguo meglio illustrato, attraverso appositi "meccanismi di allerta", i quali preferibilmente si baseranno su fatti sintomatici di comune esperienza.

In questa prospettiva potrebbe essere anche utile il riferimento all'art. 2 del D. Lgs. 8/7/1999, n. 270, istitutivo della "Amministrazione straordinaria per le grandi imprese in stato di insolvenza", in quanto parametro già codificato, seppur quale requisito per l'ammissione alla suddetta procedura. Ma si può trarre spunto anche dalla normativa comunitaria in materia di definizione delle imprese in difficoltà in precedenza richiamata.

8. Le misure incentivanti

Il secondo correttivo da introdurre è dato dalle misure incentivanti che dovrebbero essere connesse al buon esito della procedura anticipatoria. E' in relazione a questa procedura, più che per la procedura di insolvenza, che si ritiene opportuno l'introduzione del diritto premiale.

I dati ufficiali del 1999 dimostrano che la totalità dei crediti ammessi al passivo dei fallimenti del Paese, pari a 7,5 miliardi di euro in tale anno, trova soddisfazione per circa il 10% e resta insoddisfatta per 6,7 miliardi di euro.

E' opinione diffusa tra gli addetti ai lavori che la reale causa degli insoddisfacenti risultati dell'attuale legge fallimentare sia imputabile alla circostanza che la procedura fallimentare e le altre "minori" si aprano generalmente in un momento in cui l'attivo patrimoniale dell'impresa in crisi sia già divenuto inconsistente ed il dissesto sia ormai irreversibile.

Indubbiamente, l'approccio "punitivo" della vigente disciplina nei confronti della persona dell'imprenditore, nonché la sostanziale inidoneità delle procedure concorsuali ad una rapida soluzione della crisi, così come la scarsa attitudine delle stesse a conseguire il reale recupero dell'impresa e dei valori aziendali, scoraggiano l'imprenditore dal denunciare tempestivamente le proprie difficoltà, spingendolo anzi ad occultare la situazione economica dell'impresa, con grave e spesso irreparabile pregiudizio delle possibilità di risanamento. Ma, d'altro canto, anche i tempi lunghi della giustizia, sia civile che penale, hanno contribuito a creare un clima di incertezza delle regole ed una sostanziale non credibilità delle sanzioni: situazione, questa, tutta italiana che non dissuade i debitori dal contrarre passività senza le dovute cautele e dal ritardare l'emergere dello stato di insolvenza.

Occorre pertanto individuare misure premiali per gli imprenditori che segnalino tempestivamente il proprio dissesto e contestualmente proponano le modalità di intervento, nonché contrapposti meccanismi maggiormente punitivi per chi occulta la crisi, protraendola nel tempo.

In altre parole, è necessario dare all'imprenditore sfortunato la possibilità di rifarsi una vita ed una credibilità

imprenditoriale, ma occorre anche evitare che le “mele marce” continuino ad “avvelenare” il mercato, proseguendo l’attività imprenditoriale.

Qualora non venga adeguatamente risolto questo problema, la procedura concorsuale – indipendentemente da quello che sarà il dettato normativo futuro – non potrà che essere, nei fatti, esclusivamente “liquidatoria”; e, al di là dell’attribuzione di maggiori poteri al curatore ed al ristabilimento di un ruolo di terzietà del giudice, non potrà che portare a risultati simili da quelli raggiunti dall’attuale legge fallimentare.

Senza altro la creazione di una procedura “anticipatoria” rappresenta un primo passo avanti, ma probabilmente non sufficiente. Per incoraggiare l’avvio della procedura (ed il connesso inizio del periodo di osservazione, come meglio si dirà nel prosieguo) da parte dello stesso imprenditore, anziché l’avvio su impulso dell’ufficio, non poco rilievo potrebbero avere misure premiali incentivanti, sia sotto il profilo economico, che sotto quello delle sanzioni penali.

Quelli indicati nel prosieguo potrebbero essere degli esempi di misure incentivanti:

a) automatica dilazione, per un periodo prefissato con la sospensione degli interessi nel corso della procedura, del pagamento di tutti i tributi e contributi previdenziali, sorti anteriormente alla apertura della procedura, con possibilità di rateizzazione degli stessi al termine del periodo di dilazione;

b) eliminazione delle sanzioni per i tributi e contributi di cui sopra, qualora essi vengano versati per intero quanto al capitale, seppure con le modalità agevolate di cui sopra. In sostanza, verrebbe introdotta definitivamente la norma *una tantum* di cui all’art. 6 bis del Decreto Legge 29-9-1997, n. 328, convertito con modificazioni nella legge 29-11-1997, n. 410 e successive modificazioni ed integrazioni, che prevedeva l’esclusione delle sanzioni ed interessi per omessi versamenti IVA riferiti alle procedure concorsuali aperte prima del 30-11-1997. Detta norma prevedeva, in alternativa al versamento per contanti, la possibilità di pagamento dell’imposta in dodici rate bimestrali;

c) previsione di non punibilità dei reati di bancarotta fraudolenta documentale e fraudolenta preferenziale nei confronti del debitore che, dopo la commissione del fatto, abbia volontariamente richiesto la apertura della procedura concorsuale e si sia significativamente adoperato per eliminare o ridurre il danno per i creditori, come meglio sarà indicato nel prosieguo;

d) esclusione della revocabilità o dell’inefficacia degli atti compiuti anteriormente alla data di presentazione del piano di risanamento o dell’accordo stragiudiziale;

e) previsione, con modalità da definirsi, della possibilità di inserire specifiche disposizioni per i garanti delle obbligazioni dell’impresa ed un’eventuale esclusione di azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali nel caso di positiva accettazione e conclusione del piano;

f) diritto dell’impresa in crisi a chiedere ed ottenere dagli uffici tributari statali e locali la definizione dei tributi dovuti per le annualità ancora pendenti. In sostanza, l’ufficio delle entrate, per esempio, dovrebbe accertare tutti i periodi d’imposta pendenti e determinare il *quantum* dovuto per tributi, sanzioni ed interessi dall’impresa in crisi. L’ammontare così determinato beneficerebbe della moratoria *ex lege* di cui sopra e della possibilità di pagare ratealmente il *quantum* dovuto al termine della moratoria.

g) attribuzione alla Agenzia delle Entrate, per i tributi dovuti all’erario, ai titolari degli uffici che esercitano il diritto al tributo, per i tributi dovuti ai comuni, alle province e alle regioni, del potere di approvare i piani di risanamento delle imprese in crisi, con l’effetto eventualmente remissorio connesso al piano o ulteriormente dilatorio, rispetto alla moratoria *ex lege*. In altri termini, anche il debito tributario - compreso quello per sanzioni

e interessi - dovrebbe poter essere pagato in percentuale, anche quando è privilegiato, nella misura risultante dal piano di risanamento, fermo restando quanto previsto ai punti a) e b).

h) previsione, nella procedura anticipatoria, del superamento del sistema dei privilegi e delle altre cause di prelazione, a favore di una suddivisione dei creditori in classi omogenee in funzione dell’originario rapporto negoziale. Circa la suddivisione dei creditori in classi, occorre rilevare come la possibilità di presentare un piano di risanamento che preveda il pagamento in percentuale anche dei creditori in altra sede privilegiati, diversi da quelli titolari di crediti di lavoro, implica non solo che ai fini dell’approvazione del piano il diritto di voto spetti anche ai creditori privilegiati suddetti che - a tal fine - verrebbero equiparati ai creditori chirografari, ma anche che - sotto il profilo che qui interessa, - ciò produca, dal punto di vista del debitore, un rilevante effetto incentivante, forse superiore a tutti quelli indicati in precedenza. Qualora il risanamento non venga attuato, però, nella successiva procedura di insolvenza i creditori privilegiati riacquisterebbero il relativo privilegio.

Va peraltro osservato che, nella gran parte dei casi, non dovrebbero sussistere – almeno a livello teorico – ipotesi di reato di bancarotta patrimoniale e per distrazione, né atti da revocare, in quanto ontologicamente incompatibili con l’accoglimento del piano di risanamento (salva una loro riviviscenza nel caso di conversione della procedura in quella di insolvenza), sostanzialmente così configurandosi la soluzione della crisi con una figura giuridica “negoziale” e concordata, seppure sotto il controllo del tribunale.

Il vero problema da risolvere, dunque, per rendere effettiva la tutela degli interessi giudicati prevalenti e per far sì che le nuove regole di condotta siano effettivamente osservate, non è tanto la struttura ed il contenuto della nuova procedura concorsuale, ovvero del concordato stragiudiziale (che anch’esso merita una adeguata attività normativa), bensì è creare un sistema bilanciato di meccanismi volontari e coercitivi, mediante il quale la crisi d’impresa venga portata tempestivamente a conoscenza degli interessati (i pubblici dell’impresa comunemente denominati stakeholders) e trovi – laddove possibile – una soluzione indirizzata al risanamento in un’ottica negoziale con tutte le parti interessate.

9. I meccanismi di allerta

In questo senso, occorre modernizzare il sistema delle procedure concorsuali, creando i meccanismi di allerta che consentano allo Stato, nel caso di negligenza dell’imprenditore, di diagnosticare precocemente l’emergere di difficoltà economico-finanziarie dell’impresa.

Una tale impostazione non solo rispetta, ma anzi esalta le finalità che dovrebbero stare alla base della nuova legge sulla crisi d’impresa: la salvaguardia dell’azienda e dell’impresa e dei relativi livelli occupazionali. Inoltre, di certo contribuirà non poco a ridurre la durata delle procedure: intervenendo prima dell’irreversibilità della crisi, è probabile che l’imprenditore in difficoltà non ponga in essere quegli atti fraudolenti, in danno della massa dei creditori, che le attuali procedure concorsuali si trovano a dover impugnare per chiederne l’inefficacia, spesso con annose azioni revocatorie. Dunque, il terzo correttivo di rilievo da introdurre è quello dei *meccanismi di allerta*, che debbono indurre il debitore a valutare effettivamente la convenienza del ricorso tempestivo alla procedura di crisi rispetto al comportamento dilatorio - dissimulante le difficoltà effettive - che caratterizza la situazione attuale.

La predisposizione di efficaci meccanismi di allerta è

condizione per rendere effettivi gli interessi da tutelare più volte enunciati in precedenza.

Pertanto, se il debitore non chiede spontaneamente l'avvio della procedura, allora il tribunale, in presenza di reiterati fatti qualificati sintomi di difficoltà, può convocarlo per aprire d'ufficio la procedura di crisi, come meglio si dirà nel prosieguo. Scendendo, poi, nel dettaglio, il nuovo istituto non dovrebbe essere un sistema di *rating*, ma un insieme di informazioni significative, non elaborate, peraltro già disponibili per la pubblica amministrazione e per il sistema bancario, quali protesti, segnalazioni a sofferenza, mancato pagamento dei tributi e contributi annuali sulla base delle dichiarazioni annuali, pignoramenti mobiliari, ecc..

Sulla scorta delle suesposte considerazioni, l'avvio di un "periodo di osservazione", ai primi sintomi di crisi, appare più consono alla nuova concezione improntata all'eliminazione del carattere afflittivo e punitivo del fallimento e maggiormente rispettoso del principio di derivazione americana, secondo cui all'imprenditore che sbaglia deve essere consentito di iniziare una nuova attività, venendo al contrario il mercato a perdere un attore importante nel sistema economico. Peraltro, ciò a condizione che egli non ponga in essere – o, meglio ancora, che il sistema normativo lo metta in condizione di non porre in essere – atti confliggenti con il risanamento dell'impresa, e che anzi cooperi per tale scopo.

Potrebbe essere obiettato che l'anticipazione dell'evidenziarsi della crisi potrebbe creare notevoli problematiche di carattere economico - sociale, specialmente nelle regioni più povere o che vivono un ciclo economico negativo, in quanto potrebbe attrarre al periodo di osservazione un gran numero di imprese. Deve invece ritenersi che proprio in questi ambiti territoriali si è sinora manifestato il più elevato livello di danno sociale prodotto dai fallimenti, proprio a causa della incapacità di tali procedure di realizzare attivo e di pervenire ad una sua liquidazione qualitativamente e quantitativamente soddisfacente.

Per una più compiuta disamina di quanto sopra esposto, occorre prendere in considerazione i meccanismi di allerta e le loro conseguenze.

Tali meccanismi devono ovviamente essere di facile applicazione, non permettere alcuna discrezionalità e debbono utilizzare l'informatizzazione già in uso negli Uffici giudiziari e nella P.A..

Essi consentiranno molto agevolmente la segnalazione, almeno degli eventi che seguono:

- a) protesti;
- b) avvio di procedure esecutive mobiliari e su immobili in tutto il territorio dello Stato. Il meccanismo di allerta in argomento potrebbe essere anche sostituito, proprio allo scopo di anticipare viepiù il momento di emersione della crisi, dall'iscrizione di ipoteche giudiziali ed alla trascrizione di pignoramenti presso le conservatorie dei registri immobiliari del Paese. In quest'ottica, potrebbe altresì individuarsi un ulteriore meccanismo di allerta nei pignoramenti di somme presso terzi, eseguiti presso istituti di credito e pubbliche amministrazioni, ad es. derivanti da contratto di appalto. Tuttavia, in tal caso, non risulta esistere una struttura informatizzata che rilevi tali eventi, per cui dovrebbero gravarsi tali Enti di oneri ulteriori;
- c) mancato pagamento di debiti tributari e contributivi relativi all'esercizio precedente, come risultanti dalle dichiarazioni annuali da presentare all'amministrazione finanziaria e agli enti previdenziali; ove ciò non avvenga tempestivamente, le amministrazioni titolari del credito potranno perdere il privilegio, come del resto, già avviene in Francia;
- d) segnalazioni di passaggio a sofferenza di crediti

bancari alla Centrale rischi presso la Banca d'Italia.

Per evitare il proliferare di segnalazioni che potrebbero ingolfare i Tribunali si potrebbe prevedere che il meccanismo di allerta venga preso in considerazione dai Tribunali Fallimentari nel momento in cui si ripeta in senso verticale (ad es., più di un protesto o di una procedura esecutiva) od orizzontale (ad es., un protesto ed il mancato pagamento dell'IVA annuale).

In tal senso, non appare possibile canonizzare meccanismi di allerta basati su indicatori che potrebbero essere sintomatici di crisi, ma per i quali non esiste la possibilità di una loro rilevazione trasparente ed inequivocabile: ad es., una posizione di extra – fido su un rapporto di conto corrente, il mancato pagamento di rate di mutuo e, in genere rapporti bancari anormali.

Né pare opportuno ipotizzare quale meccanismo di allerta un declassamento del *rating* che le banche pur dovranno attribuire alle imprese ai sensi dei nuovi accordi di Basilea; ovvero l'esposizione in bilancio di valori che diano luogo ad indicatori di analisi dell'andamento economico – patrimoniale ("*ratio*") al di sotto di determinati parametri, seppure asetticamente elaborati dalle banche dati (ad es., Cerved).

In una tale visione, viene ad essere superato il principio secondo cui la procedura di crisi possa essere avviata *su istanza del solo debitore*: è evidente che l'imprenditore possa sempre presentare in qualsiasi momento, e quindi anche prima dell'emergere dei sintomi di squilibrio originati dai meccanismi di allerta, un piano di risanamento dell'impresa al Tribunale, ma nel caso di sua inerzia, l'impresa sarà assoggettata al periodo di osservazione "d'ufficio".

I meccanismi di allerta, la cui segnalazione (immediata, grazie all'automazione informatica degli uffici preposti) certamente favorirà lo sviluppo di una positiva mentalità orientata al risanamento delle imprese in crisi, consentiranno allo Stato di intervenire con tempestività nell'individuazione della crisi, seppure nella prospettiva di lasciare maggior spazio all'imprenditore nel processo di risanamento.

Tuttavia, come tutte le novità nel mondo del diritto, occorre – al riguardo - evitare che si abusi della procedura di crisi al fine di sottrarsi alle regole generali che ogni debitore deve osservare in tema di responsabilità patrimoniale.

Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, se il costo sociale di un tale apparato amministrativo volto al funzionamento dei meccanismi di allerta sia commisurato ai benefici che può dare alla collettività. Tale giudizio è estremamente arduo, ma alcuni rilievi possono illuminare sulla opportunità di un tale intervento. Negli ultimi decenni i fallimenti senza attivo sono enormemente aumentati, causando l'impiego di ingenti risorse ed il sostenimento di costi alti delle procedure, per ricostruire patrimoni ormai dispersi dagli atti compiuti dai debitori in prossimità del fallimento. Il fenomeno delle revocatorie e soprattutto della revocatoria degli atti normali e delle rimesse bancarie trova fondamento nel ritardo dell'avvio della procedura, quando ormai la crisi è irreversibile. Di qui il proliferare delle cause civili e l'allungamento dei tempi di chiusura della procedura. Correlativamente, i riparti finali attribuiscono ai creditori percentuali modeste, rivelando l'inefficienza del sistema. Se la crisi venisse diagnosticata in tempo, i costi delle procedure sarebbero minori, non vi sarebbero revocatorie, i creditori percepirebbero riparti più consistenti, la responsabilità penale del debitore sarebbe attenuata, l'azienda potrebbe essere salvata, i posti di lavoro conservati, la procedura potrebbe avere una durata minore, con un indubbio miglioramento dell'efficienza del sistema delle procedure concorsuali.

Sulla scorta di tali osservazioni, dunque, si ritiene che il costo dell'intervento sia ampiamente coperto dai benefici

presumibilmente ottenibili dall'attivazione di un sistema di diagnosi precoce delle crisi d'impresa.

10. Le fasi della procedura concorsuale

Orbene, al fine di rendere più comprensibile l'effettiva portata dei principi e criteri direttivi proposti dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti per la riforma delle procedure concorsuali, si illustrano nel prosieguo della trattazione le fasi salienti delle procedure concorsuali riformande, mediante una schematizzazione in senso sostanzialmente cronologico, che, se da un lato descrive sinteticamente la continuità dei principi in materia concorsuale più volte enunciati dal Consiglio Nazionale, dall'altro esprime alcune soluzioni innovative, frutto del tempo di rapidi cambiamenti in cui viviamo agli inizi del XXI secolo.

E' evidente che il disegno tratteggiato nel presente lavoro è pensato particolarmente per l'impresa di piccole e medie dimensioni, che rappresenta il vero tessuto imprenditoriale italiano, la cui crisi interessa più spesso il dottore commercialista medio. Per le grandi imprese esiste già un'altra legge speciale, che tiene conto dei problemi politici sottostanti alle crisi di grandi dimensioni.

a) il periodo di osservazione

1. Segnalazione *on line* (tramite strumenti telematici) alla sezione fallimentare del competente tribunale dei meccanismi di allerta da parte della CCIAA (protesti), ovvero da altra sezione del tribunale o da tribunali di luoghi diversi (procedure esecutive individuali), o dalla P.A. (imposte e contributi non versati; iscrizione di ipoteche giudiziali o pignoramenti), o dalla Banca d'Italia (passaggio di crediti a sofferenza).

2. Avvio del periodo di osservazione: il tribunale convoca l'imprenditore per un esame della situazione entro 30 gg. dalla segnalazione di cui sopra, invitandolo a fornire le dovute giustificazioni in merito al presunto stato di pericolo di insolvenza o di temporanea difficoltà, segnalato dal meccanismo di allerta. E' evidente che il fascicolo relativo al periodo di osservazione dovrebbe godere della massima tutela, quanto alla riservatezza.

3. Nel caso in cui le giustificazioni addotte dall'imprenditore fossero ritenute plausibili, il periodo di osservazione non avrà corso, così archiviandosi la procedura, con provvedimento.

4. Nel caso invece in cui l'imprenditore confermasse lo stato di difficoltà, oppure nel caso di richiesta di apertura della procedura, egli dovrà presentare entro trenta/novanta giorni (discrezionalmente da parte del tribunale, a seconda delle dimensioni dell'impresa) un piano di risanamento formulato da un iscritto all'Albo dei dottori commercialisti, ovvero la richiesta dell'avvio della procedura di insolvenza. Lo stesso termine potrà essere utilizzato, in alternativa, per la sottoposizione al tribunale di un accordo stragiudiziale che sarà da questo omologato. In tal caso, occorrerà prevedere modalità di controllo del piano, anche eventualmente ad opera del professionista che lo ha formulato e che dovrà riferire periodicamente al tribunale.

5. Il piano di risanamento dovrà essere valutato dal tribunale, anche con l'ausilio di consulenti, e dovrà far ragionevolmente supporre che la sua esecuzione sia suscettibile di un recupero di una positiva evoluzione del rapporto costi – ricavi e quindi dell'economicità della gestione ovvero prevedere la cessione dell'azienda o dei rami d'azienda di compendio dell'impresa e la conservazione dei livelli occupazionali.

6. Il contenuto del piano dovrà essere non dissimile da quello previsto per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e quindi dovrà essere finalizzato alla ristrutturazione dell'impresa, ovvero alla cessione dei complessi aziendali. (Art. 56 D. Lgs. 270/1999 - Contenuto del programma – 1. Il programma deve indicare: a) le attività imprenditoriali destinate alla prosecuzione e quelle da dismettere; b) il piano per la eventuale liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa; c) le previsioni economiche e finanziarie connesse alla prosecuzione dell'esercizio dell'impresa; d) i modi della copertura del fabbisogno finanziario, con specificazione dei finanziamenti o delle altre agevolazioni pubbliche di cui è prevista l'utilizzazione. 2. Se è adottato l'indirizzo della cessione dei complessi aziendali, il programma deve altresì indicare le modalità della cessione, segnalando le offerte pervenute o acquisite, nonché le previsioni in ordine alla soddisfazione dei creditori. 3. Se è adottato l'indirizzo della ristrutturazione dell'impresa, il programma deve indicare, in aggiunta a quanto stabilito nel comma 1, le eventuali previsioni di ricapitalizzazione dell'impresa e di mutamento degli assetti imprenditoriali, nonché i tempi e le modalità di soddisfazione dei creditori, anche sulla base di piani di modifica convenzionale delle scadenze dei debiti o di definizione mediante concordato.).

7. All'esito del procedimento valutativo sull'idoneità del piano a rimuovere lo stato di crisi (o il rischio di insolvenza o l'insolvenza se già manifestatasi) il Tribunale si pronunzierà con decreto motivato sull'approvazione ovvero pronunzierà sentenza di rigetto, dichiarando così aperta la procedura di insolvenza (vedasi *infra*), fatta salva la facoltà per il debitore di proporre altro piano in un termine ragionevolmente breve.

b) la procedura di crisi

8. Nel caso di positivo accoglimento, avvio della "procedura di crisi" (o di risanamento) con nomina di un commissario giudiziale per la vigilanza sull'esecuzione del piano, sempreché il Tribunale non ritenga opportuno affidare anche la gestione a quest'ultimo. Il commissario giudiziale dovrà essere scelto tra gli iscritti da più di tre anni agli Albi dei dottori commercialisti, dei ragionieri e degli avvocati, inseriti in uno speciale elenco tenuto dal Tribunale (in analogia all'albo dei consulenti tecnici, art. 14 e segg. disp. att. c.p.c.).

9. La procedura di risanamento dovrà essere disciplinata tenendo conto, fra l'altro, delle seguenti criteri direttivi che questo Consiglio Nazionale ritiene opportuno segnalare, per la loro importanza:

- * sospensione del decorso degli interessi – anche sui crediti assistiti da diritti di prelazione - dalla data della domanda;
- * possibilità di erogazione di "nuova finanza" all'impresa nel corso della procedura; prededucibilità nella eventuale successiva procedura di insolvenza delle obbligazioni contratte nel corso della procedura di crisi;
- * suddivisione dei creditori in classi omogenee, secondo le indicazioni contenute nel piano, da identificarsi a cura del legislatore per tipologia di rapporto negoziale;
- * votazione del piano da parte dei creditori con doppia maggioranza (sempre non superiore al 50%): numerica delle classi e che rappresenti la maggioranza quantitativa degli aventi diritto;
- * adozione del criterio maggioritario per i crediti nella formazione del consenso all'interno delle classi;
- * presunzione di assenso per chi non esprime dissenso;
- * possibilità che il voto negativo espresso da una o più classi di creditori ovvero da uno o più creditori all'interno delle classi

sia considerato inefficace dall'autorità giudiziaria quando le classi o i creditori dissenzienti non ricevono pregiudizio dal piano;

* possibilità di soddisfacimento parziale anche per creditori privilegiati, con particolare tutela dei crediti di lavoro;

* esdebitazione dell'impresa al termine della procedura, nel caso di positiva esecuzione del piano;

* durata della procedura compatibile con la possibilità effettiva di esecuzione del piano.

10. In caso di esito favorevole delle votazioni, il tribunale rende esecutivo il piano nominando un comitato di sorveglianza composto da tre o cinque componenti, secondo le previsioni dell'art. 45 del D.Lgs. 8.7.1999 n. 270.

11. In caso di esito sfavorevole, il tribunale emanerà sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza, nominando gli organi preposti alla procedura.

c) la procedura di insolvenza

1. Nei seguenti casi si darà corso alla "procedura di insolvenza", con connotazioni meramente liquidatorie e non dissimili dall'attuale legge fallimentare:

- mancanza dei presupposti per accedere alla procedura di risanamento;
- inidoneità del piano di risanamento presentato dal debitore;
- mancato raggiungimento delle maggioranze previste in sede di votazione del piano;
- mancata esecuzione del piano (mancata presentazione di garanzie o dei mezzi finanziari previsti, comportamenti fraudolenti tali da pregiudicare la buona riuscita dello stesso, ecc.).

2. Gli organi della procedura di insolvenza dovrebbero ispirarsi all'attuale procedura di fallimento. Pertanto, si avranno le figure indicate nel prosieguo.

· *tribunale e giudice delegato*, le cui competenze sono mutuabili dalla vigente disciplina, con una estensione delle competenze del G.D. rispetto al tribunale.

· *curatore*, scelto con gli stessi criteri previsti per la nomina del commissario giudiziale; possibilità per il curatore, previo assenso del Giudice delegato, di nominare coadiutori, consulenti, avvocati ed ausiliari in genere e di compiere atti di ordinaria amministrazione, non eccedenti un limite preordinato, senza necessità di autorizzazione da parte del Giudice delegato; modifica della cadenza delle esposizioni sommarie (art. 33, u.c., l.f.), da mensili a semestrali.

· *comitato dei creditori*, composto da tre o cinque membri scelti secondo i criteri dettati per la scelta del comitato di sorveglianza, previsto nella procedura di risanamento; la nomina, da parte del Giudice delegato, è, in ogni caso, facoltativa, in ragione delle dimensioni della procedura e le richieste di parere, non vincolante, dovranno essere limitate ad operazioni di particolare rilevanza per la procedura (continuazione dell'esercizio dell'impresa, transazioni eccedenti un limite predefinito, vendite di rami d'azienda o di beni di rilevante valore, ecc.).

3. Circa gli effetti per il debitore, si ritiene ancora attuale l'applicazione degli artt. 42 e ss l.f., escludendo – però - la previsione di incapacità personali e apportando sostanziali modifiche ai vincoli di cui agli artt. 48 e 49; soppressione del "pubblico registro dei falliti".

4. E' auspicabile, come si dirà nel prosieguo riguardo all'insolvente civile, l'introduzione di una disciplina degli effetti per i garanti del debitore, assoggettato alla procedura di insolvenza.

5. Per gli effetti per i creditori si ripropone la disciplina

vigente, con l'ampliamento della sospensione del corso degli interessi ai crediti ipotecari, pignorati e privilegiati, con l'eccezione dei crediti di lavoro.

6. In tema di effetti derivanti dalla chiusura della procedura di insolvenza, deve farsi luogo al principio della mancata liberazione del debitore dai debiti non soddisfatti nel corso della procedura, a meno che non si chiuda la procedura con il concordato, non necessariamente proponibile dal solo debitore, anche prevedendo il pagamento in percentuale anche dei creditori privilegiati, diversi da quelli di lavoro;

7. In tema di effetti sugli atti pregiudizievoli il *nuovo sistema revocatorio* dovrà porsi quale obiettivo primario la salvaguardia del bene-azienda, inteso nel suo momento dinamico, l'impresa, a tutela non solo del ceto creditorio ma di tutta la platea degli stakeholders che vi ruotano attorno, debitore compreso;

11. Il nuovo sistema revocatorio nella procedura di insolvenza.

Nel contesto sopra delineato il "nuovo" sistema revocatorio potrebbe essere impostato sulle seguenti "previsioni", permanendo valido il presupposto di riferire gli atti ad un periodo "sospetto", anteriore all'intervento della procedura concorsuale, diverso da quello ordinario e comunque variabile per la natura degli atti:

a) presupposto comune dell'esercizio delle azioni revocatorie (concorsuali e civile) basato sull'esistenza di un concreto pregiudizio per i creditori, dimostrabile anche in via presuntiva;

b) inefficacia assoluta degli atti a titolo gratuito e dei pagamenti scaduti nel giorno della dichiarazione di insolvenza o posteriormente, in conformità a quanto attualmente disposto dagli art. 64 e 65 l. f. (ed eventualmente estendendo la disciplina a tutti i pagamenti anticipati);

c) decorrenza dei termini a ritroso per la determinazione del periodo sospetto (diverso per ognuna delle fattispecie infra indicate) dalla data della domanda di apertura della procedura di crisi o di quella di insolvenza, ovvero se anteriore dalla data della convocazione del debitore da parte del tribunale;

d) revocabilità degli atti a titolo oneroso, delle garanzie e dei pagamenti dei debiti liquidi ed esigibili (atti normali), compiuti nei sei mesi anteriori alla data di cui alla lettera c);

e) revocabilità degli atti anormali (atti a titolo oneroso, garanzie, pagamenti, altre prestazioni) secondo le previsioni dell'attuale art. 67, comma 1, l.f., con miglior precisazione delle garanzie, comprendendovi quelle atipiche, e inefficacia delle omissioni, se tali da arrecare pregiudizio alla massa dei creditori, compiuti nell'anno anteriore alla data di cui alla precedente lettera c), presumendosi *iuris tantum* la conoscenza dello stato di insolvenza del debitore ed il pregiudizio arrecato agli altri creditori. Si ricorda, riguardo alle omissioni, che tra gli atti direttamente pregiudizievoli la legge tedesca al § 132, comma 2, testualmente prevede: "Ai negozi giuridici che pregiudicano direttamente i creditori concorsuali sono equiparati gli atti del debitore, per effetto dei quali egli perde un diritto o non può più farlo valere, ovvero viene conservata o rimane azionabile una pretesa contro di lui". Ad esempio, omettendo di interrompere una prescrizione o non provvedendo tempestivamente ad una impugnazione o ad eccepire una prescrizione, il debitore può recare un pregiudizio ai creditori; tale condotta omissiva potrebbe essere rettificata dal curatore a vantaggio della massa dei creditori;

f) revocabilità, assistita da presunzione relativa circa la conoscenza dello stato di insolvenza ed il pregiudizio arrecato agli altri creditori, dei pagamenti e dei negozi in genere eseguiti a "favore di" o, rispettivamente, "stipulati con" soggetti legati al debitore da vincoli familiari (parentela, affinità o coniugio)

o appartenenti allo stesso “gruppo” di imprese, previa precisazione del grado di parentela o affinità e della definizione del concetto di “gruppo” di imprese, compiuti nei due anni anteriori alla data di cui alla precedente lett. c). Al riguardo, si può trarre spunto dalla normativa tedesca già richiamata (§ 133) per una compiuta precisazione dei soggetti legati al debitore di cui sopra.

g) revocabilità, assistita da presunzione relativa circa la conoscenza dello stato di insolvenza ed il pregiudizio arrecato agli altri creditori, dei rimborsi dei finanziamenti eseguiti in qualità di soci e dei rimborsi ottenuti quali associati in associazioni in partecipazione, compiuti nei due anni anteriori alla data di cui alla precedente lett. c). Si suggerisce il coordinamento con la normativa del diritto delle società in corso di riforma;

h) esperibilità della revocatoria ordinaria di cui agli artt. 2901 e seguenti del codice civile, con termine prescrizione di tre anni decorrente dalla data in cui essa diviene esperibile da parte degli organi della procedura, fermo restando il termine quinquennale di cui all'art. 2903 c.c., statuendo esplicitamente la legittimazione processuale del curatore/commissario a proseguire nei giudizi già avviati, con attrazione del giudizio al foro fallimentare;

i) riduzione dei termini di prescrizione delle azioni revocatorie fallimentari a tre anni dal momento in cui esse divengono esperibili da parte degli organi della procedura;

j) previsione, nel caso di conversione da procedura di crisi in procedura d'insolvenza, che i termini di prescrizione per l'esercizio delle azioni revocatorie decorrano dalla data di apertura della seconda procedura, mentre i termini a ritroso del periodo sospetto decorrano dalla data di cui alla precedente lett. c));

k) disciplina organica dei casi di esenzione, che dovranno essere circoscritti al minor numero di fattispecie (se non addirittura eliminati).

12. Aspetti penali

Quale premessa, deve essere mantenuto un adeguato presidio penalistico a tutela dell'interesse protetto che è la salvaguardia dell'impresa e del ceto creditorio in via diretta, ed il corretto svolgimento degli affari economici in via indiretta. Non può essere dimenticato come l'imprenditore insolvente che ponga in essere comportamenti penalmente rilevanti alteri a proprio vantaggio le medesime condizioni di concorrenza sul mercato. La disciplina penale delle procedure concorsuali dovrà ispirarsi ai seguenti criteri direttivi :

1) prevedere i seguenti reati dell'imprenditore , compiuti nel momento in cui l'impresa versava in uno stato di insolvenza, con la volontà di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai creditori od ad una parte di essi:

a) bancarotta fraudolenta patrimoniale, consistente nel cagionamento o nel concorso al cagionamento dello stato di insolvenza ovvero nell'aggravamento dello stato di dissesto con la volontà di sottrarre attività alla garanzia patrimoniale dei creditori;

b) bancarotta fraudolenta per distrazione, consistente nella distruzione, distrazione, occultamento o dissimulazione di elementi del patrimonio, ovvero nell'esposizione o riconoscimento di passività inesistenti;

c) bancarotta fraudolenta documentale, consistente nella sottrazione, distruzione o falsificazione di libri o di scritture contabili, ovvero nella omissione nella tenuta o nella tenuta in modo tale da rendere impossibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari;

d) bancarotta fraudolenta preferenziale, consistente nella

concessione di garanzia o nella effettuazione di pagamenti o di prestazioni ad un creditore con lo scopo di favorirlo in pregiudizio degli altri;

e) agevolazione colposa per amministratori non esecutivi, consistente nella condotta di chi, fuori dalle ipotesi di concorso nei reati più sopra descritti, rende possibile o comunque agevola per colpa il compimento dei reati stessi;

f) falsità nelle situazioni patrimoniali prese a base per la valutazione del piano di risanamento da parte del Tribunale consistente nella esposizione di dati od informazioni rilevanti non corrispondenti al vero;

g) mercato di voto, consistente nella stipulazione di accordi occulti con i creditori per influenzarne il voto dove questo sia previsto nell'ambito delle procedure regolate dalla presente Legge;

h) bancarotta semplice, consistente nei comportamenti previsti attualmente dall'art. 217 l.f.;

2) prevedere per il delitto di cui al n.1 lettera a): nel caso in cui la condotta dell'imputato abbia cagionato o concorso a cagionare il dissesto, la pena della reclusione da 2 a 8 anni ; nel caso in cui la condotta abbia aggravato o concorso ad aggravare il dissesto, la pena della reclusione da 1 a 6 anni;

3) prevedere per il delitto di cui al n.1 lettera b) la pena della reclusione da 2 a 8 anni;

4) prevedere per il delitto di cui al n.1 lettera c), la pena della reclusione da 1 a 6 anni;

5) prevedere per il delitto di cui al n.1 lettera d), la pena della reclusione da 1 a 5 anni;

6) prevedere per il delitto di cui al n.1 lettera e), f) e g), la pena della reclusione da 6 mesi a 5 anni;

7) prevedere per il delitto di cui al n.1 lettera h), la pena della reclusione da sei mesi a 2 anni;

8) nel caso in cui il debitore sia una società, prevedere la responsabilità per i delitti previsti dal n.1 a carico dei soggetti che hanno funzioni di amministrazione, direzione, controllo, liquidazione e revisione;

9) prevedere una specifica attenuante del risarcimento del danno come attenuante ad effetto speciale con una riduzione della pena sino alla metà e di stabilire che per la valutazione della congruità del risarcimento del danno ai fini della concessione della diminuzione faccia stato la decisione del Tribunale Civile, Sezione Fallimentare in sede di autorizzazione alla conclusione della transazione con la Curatela Fallimentare. Prevedere che il Giudice Penale possa comunque operare una sua autonoma valutazione ai fini della concreta commisurazione della diminuzione nel limite suddetto;

10) riconoscere quale circostanza aggravante quella della causazione del danno di rilevante entità, nonché quella del compimento del fatto nell'ambito di società che fanno ricorso al mercato, oltre che di quelle quotate ai mercati ufficiali;

11) prevedere la non punibilità dei reati di cui al n.1), lett.c) e d) nei confronti del debitore che, dopo la commissione del fatto, abbia volontariamente richiesto la apertura della procedura concorsuale e si sia significativamente adoperato per eliminare o ridurre il danno per i creditori.;

12) prevedere nei confronti del curatore della procedura di

insolvenza e dei suoi coadiutori l'applicazione delle disposizioni previste dalla attuale normativa;

13) prevedere il coordinamento della disciplina penale delle procedure concorsuali con i criteri del decreto legislativo di riforma delle società di capitali e delle società cooperative in attesa di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale;

14) abrogare le disposizioni del titolo VI L.F. e le altre disposizioni incompatibili con quelle introdotte in attuazione del presente progetto.

13. Le procedure concorsuali e il diritto tributario

Quanto agli aspetti tributari il futuro rapporto procedure concorsuali e fisco dovrà essere ispirato al rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

- semplificazione del sistema tributario;
 - facilitazione del rapporto tra titolare del diritto al tributo e soggetti passivi assoggettati a procedure concorsuali;
 - determinazione di un prelievo tributario certo ed uguale per tutti, in osservanza del principio costituzionale di generalità ed uguaglianza di cui agli artt. 2, 3 e 53 della Costituzione.
- In questa prospettiva il compito della novella dovrebbe essere quanto meno incentrato ad apportare alcuni importanti correttivi relativamente alle seguenti fattispecie.

Rimborsi IVA

Sarebbe opportuno introdurre una modifica normativa che consenta a tutte le procedure concorsuali di chiedere il rimborso dell'i.v.a. anche in assenza degli attuali presupposti di cui all'art. 30 d.p.r. n. 633/1972, riducendo considerevolmente i termini ordinari di decadenza dell'azione accertatrice dell'Amministrazione finanziaria per i rimborsi ante-procedura ed in misura ancora maggiore per quelli che si originano in forza di crediti maturati nei periodi successivi all'apertura della procedura concorsuale.

Note di variazione IVA

Nel rispetto di quanto asserito dalla VI direttiva CEE, è necessario consentire l'emissione della nota di variazione fin dalla data di apertura della procedura concorsuale come era nell'intenzione, quanto meno originaria, del legislatore.

A regime si potrebbe adottare un meccanismo simile a quello previsto negli altri Stati membri della Comunità Europea con il quale si legittima il creditore ad insinuarsi al passivo del fallimento per il solo credito a titolo di imponibile, lasciando all'Amministrazione finanziaria l'eventuale insinuazione inerente il credito per i.v.a.

Credito di rivalsa IVA del professionista

Sarebbe auspicabile intervenire sull'attuale disciplina civilistica dell'art. 2758 c.c. al fine di evitare al professionista di perdere il credito i.v.a. di rivalsa emesso nei confronti della procedura in conseguenza dei pagamenti effettuati in sede di ripartizione parziale o finale dell'attivo.

Plusvalenze e procedure concorsuali

Si ritiene doveroso equiparare tutte le procedure concorsuali escludendo le stesse dalla tassazione delle plusvalenze realizzate.

Agevolazione simile alla Tremonti bis per gli acquisti da procedure concorsuali

Al fine di imprimere un'accelerazione alla fase liquidatoria delle procedure concorsuali e pertanto ridurre la durata delle

stesse, sarebbe utile incentivare il realizzo fallimentare attraverso il riconoscimento, ai fini delle imposte dirette, di una sorta di agevolazione a regime per l'acquirente simile alla attuale legge "Tremonti bis".

Obblighi del sostituto d'imposta

E' necessario recepire normativamente quell'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità e della prevalente dottrina, il quale esclude che il curatore sia sostituto d'imposta.

Sanzioni e interessi

Estensione a tutte le procedure di un meccanismo simile a quello contenuto nella legge 18 febbraio 1999, n. 28, la quale aveva introdotto in ambito concorsuale importanti agevolazioni in materia di sanzioni ed interessi consentendo l'inapplicabilità delle stesse e degli interessi in caso di omesso versamento dell'iva e delle imposte sui redditi a condizione che l'imposta dovuta fosse versata in sede di ripartizione dell'attivo o di chiusura della procedura concorsuale.

Imposta di registro

Si rende necessario uniformare la disciplina dell'imposta di registro nelle procedure concorsuali prevedendo l'applicazione dell'imposta di registro fissa per tutti gli atti ed i provvedimenti di natura giurisdizionale che caratterizzano l'intera procedura concorsuale, con esclusione degli atti di trasferimento di beni mobili, immobili ed aziende.

Imposta comunale sugli immobili

Il termine relativo all'obbligo di dar corso al pagamento del tributo ed alla presentazione della dichiarazione deve essere fatto decorrere dalla data del decreto di trasferimento, se successiva rispetto all'incasso del corrispettivo, oppure da quest'ultimo momento nella inverosimile situazione in cui il corrispettivo venga incassato dopo il decreto di trasferimento, colmando inoltre i vuoti legislativi in tema di concordato fallimentare. Quanto alla determinazione del tributo sarebbe opportuno prevedere che possa essere assunto, quale base imponibile ai fini icipi, il prezzo di aggiudicazione nel caso in cui questo sia inferiore ai valori fiscali determinati catastalmente.

Assegnazione in sede di ripartizione dell'attivo dei crediti d'imposta

Le complesse problematiche inerenti i rimborsi d'imposta potrebbero essere superate relativamente agli aspetti operativi se si desse la possibilità agli organi amministrativi delle procedure di assegnare, in sede di ripartizione dell'attivo, i crediti d'imposta vantati dalla procedura ai creditori i quali potrebbero utilizzare i medesimi in compensazione nelle loro dichiarazioni personali, facilitando in tal modo la cessione dei crediti tributari nell'ambito delle procedure concorsuali.

Disponibilità del diritto al tributo

Come è noto, recentemente nell'ordinamento tributario è stata introdotta una deroga al principio della indisponibilità del credito tributario, allorché l'art. 3, comma 3, del d. legge 8 luglio 2002, n. 138, conv., con modif., nella legge 8 agosto 2002, n. 178, ha stabilito che l'agenzia delle entrate, dopo l'inizio dell'esecuzione coattiva, può procedere alla transazione dei tributi iscritti a ruolo dai propri uffici il cui gettito sia di esclusiva spettanza dello Stato in caso di accertata maggiore economicità e proficuità rispetto alle attività di riscossione coattiva, quando nel corso della procedura esecutiva emerga l'insolvenza del debitore o questi sia assoggettato a procedure concorsuali.

Occorre estendere la norma di cui all'art. 3 citato ai crediti

tributari diversi da quelli dello Stato, nonché a tutti i crediti tributari, anche prima dell'inizio dell'esecuzione, se il debitore del tributo ha chiesto ed ottenuto l'apertura di una procedura concorsuale di crisi o di insolvenza.

In linea generale, occorre derogare per le procedure concorsuali al principio della indisponibilità ed irrinunciabilità del diritto al tributo, consentendo dilazioni e remissioni di debito all'ufficio titolare del diritto al tributo, tanto nella procedura di crisi, in occasione dell'approvazione del piano, quanto in quella di insolvenza, nel caso di concordato. Del resto, tale deroga è una conseguenza della posposizione dell'interesse fiscale all'acquisizione del gettito tributario rispetto agli altri interessi giudicati prevalenti nella riforma *de qua*, quali il salvataggio dell'impresa e la tutela dei livelli occupazionali. L'interesse fiscale, in questa prospettiva, altro non è se non un particolare e qualificato interesse di un creditore che, di fronte al conflitto con gli altri interessi meritevoli per l'ordinamento di maggior tutela, deve essere conseguentemente sacrificato e, quindi, a loro posposto.

L'introduzione di misure incentivanti

In un'ottica che vuole le nuove norme in materia concorsuale non più finalizzate alla punizione ed alla repressione del debitore in crisi, bensì al salvataggio di quella parte d'impresa ancora vitale che può essere convertita e destinata alla continuazione dell'attività d'impresa, è auspicabile che il progetto di riforma della legge fallimentare preveda anche l'introduzione di misure incentivanti per il debitore, e ciò anche con riguardo agli aspetti tributari.

In particolare modo le suddette misure incentivanti dovrebbero permettere al debitore di ottenere dilazioni nel pagamento di imposte e contributi, nell'ambito di un allontanamento dalla natura repressiva ed afflittiva della sanzione attraverso la concessione di sgravi fiscali e/o riduzione di debiti tributari rientranti nella disciplina degli aiuti di Stato per la ristrutturazione caratterizzati sia dal fatto che possono essere concessi "una tantum", sia dalla specificità e dalla selettività dell'intervento, tali da non compromettere o falsare la concorrenza sul Mercato comune in piena coerenza con i principi dettati dal Trattato Ce., illustrati in precedenza.

14. Nuove regole per l'insolvente civile e per gli enti non profit

Storicamente l'insolvenza del debitore non imprenditore commerciale non è stata assoggettata alle procedure concorsuali.

La *ratio* di tale scelta di politica legislativa si fonda sulla natura afflittiva e diffamante del fallimento e delle altre procedure concorsuali.

Inoltre, la naturale piccola dimensione dell'insolvenza civile, che non presuppone – di regola – l'esistenza di una pluralità di rapporti commerciali assistiti dal credito, ha tradizionalmente condotto il legislatore a valutare tale fattispecie simile a quella del piccolo imprenditore, escluso dalle procedure concorsuali, in considerazione della inopportunità di una tutela collettiva di un ceto creditizio poco numeroso verso un debitore mediamente titolare di un modesto patrimonio.

Tali principi appaiono anche oggi validi, per cui in linea generale non sembra opportuna l'introduzione di una

procedura concorsuale per i debitori civili insolventi.

Tuttavia, le considerazioni sopra illustrate non si possono estendere alle insolvenze dei garanti delle imprese in crisi o in stato di insolvenza.

E' infatti tristemente noto, come la persona fisica non imprenditore, che ha rilasciato fidejussioni a favore di creditori di un'impresa insolvente, non solo subisca da quest'ultimi l'esecuzione singolare reiterata sui beni del proprio patrimonio, ma anche resti obbligato verso di loro a volte per tutta la vita per il fatto che il patrimonio individuale non è tendenzialmente idoneo a soddisfare l'entità di un debito da lui non contratto, se non in via sussidiaria, e il cui elevato ed insostenibile ammontare è naturalmente legato alle esigenze e ai volumi dei traffici, tipici di un'impresa commerciale non piccola, ma estranei alle comuni condotte in tema di indebitamento da parte del debitore civile.

Si tratta, quindi, di rimuovere in occasione della riforma delle procedure concorsuali una delle storture più evidenti dell'attuale sistema fallimentare, estendendo semplicemente la procedura di insolvenza anche al debitore civile, limitatamente – però – a quelle fattispecie in cui la sua insolvenza derivi o dalla crisi o dall'insolvenza di un imprenditore che è stato ammesso ad una procedura concorsuale, ai creditori del quale imprenditore, il suddetto debitore civile aveva prestato garanzie personali per assicurare loro la riscossione dei crediti verso l'imprenditore. Analogamente, si è osservato che anche gli enti non profit che svolgono un'attività economica organizzata dovrebbero poter essere assoggettati ad una procedura concorsuale.

In tali fattispecie, però, non valgono le osservazioni espresse in materia di insolvenza civile. Infatti, gli enti non commerciali – a volte – hanno un ceto creditorio assai numeroso, versando in stato di insolvenza per importi anche molto importanti, di indubbio rilievo sociale ed economico.

In questi casi, la tutela dei creditori è opportuno che sia perseguita mediante una procedura concorsuale.

Ovviamente, non possono non valere anche per l'insolvenza degli enti non profit le osservazioni già espresse in materia di riforma delle procedure in merito agli interessi da giudicare prevalenti.

Tuttavia, le esigenze di semplificazione suggeriscono di non creare una nuova procedura per tali insolvenze, bensì semplicemente di estendere le procedure di crisi e di insolvenza – in quanto compatibili - anche a tali enti, in considerazione dell'organizzazione che li contraddistingue, sia pure finalizzata al conseguimento degli scopi istituzionali, di natura non commerciale.

In questa prospettiva, dunque, la soluzione proposta per l'insolvente civile da garanzie personali di debiti aziendali, è auspicabile che sia estesa anche alle insolvenze degli enti non commerciali, limitatamente alla disciplina ritenuta compatibile con la particolare natura di questi ultimi.

I dottori commercialisti sono, come per il passato, sempre disponibili a dare il contributo tecnico necessario ad una produzione normativa finalizzata al pubblico interesse e rispettosa della fede pubblica.

Il presidente
Antonio Tamborrino