

Il sistema di gestione della crisi di impresa
Brevi note

di

Vincenzo De Sensi

Sommario

1. *Considerazioni introduttive*; 2. *I tratti di caratterizzazione della nostra legge fallimentare*; 3. *La disciplina amministrativa delle grandi imprese*; 4. *Le crisi bancarie*; 5. *Conclusioni*.

1. *Considerazioni introduttive*

Una delle motivazioni fondamentali che hanno determinato la novella della legge fallimentare è che l'insolvenza viene ormai considerata come manifestazione ultima del rischio di impresa. Questa motivazione di fondo sollecita ulteriori considerazioni di principio che possono essere esposte secondo tre ordini fondamentali.

- a. L'impresa commerciale giustifica il fallimento dal duplice punto di vista economico e giuridico. Dal lato economico, è innegabile che la dimensione finanziaria della impresa rappresenti il centro propulsore dell'attività. Quando la dimensione finanziaria si degrada, sino a giungere a situazioni di insolvenza, la legittimazione ad assumere decisioni sul patrimonio di impresa transita dall'imprenditore ai creditori. Da qui la duplice conseguenza dell'abolizione della dichiarazione di fallimento d'ufficio e della valorizzazione del ruolo del ceto creditorio sia nella procedura fallimentare che in quella di concordato preventivo. Da un punto di vista giuridico, l'impresa viene concettualizzata non solo come pura attività, quanto piuttosto in termini di organismo produttivo, laddove l'elemento dell'organizzazione viene assunto nella sua dimensione dinamica di espressione della stessa attività. Da tale considerazione teoretica è discesa la spiccata valorizzazione dei momenti gestionali nel fallimento attraverso, in particolare, gli istituti che consentono la prosecuzione dell'attività organizzata e la strutturazione della gestione del curatore secondo criteri di programmazione.
- b. L'insolvenza, assunta quale incapacità non transitoria dell'imprenditore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, già sul piano sostanziale dei diritti di credito genera una situazione di conflitto. Il venir meno della tenuta operativa dell'organismo produttivo genera dunque conflitto

che esige il recupero di un ordine che non è più di gestione ma di soddisfacimento coattivo. Da qui la valorizzazione degli istituti volti al mantenimento dell'unità aziendale per massimizzare i valori di realizzo, nonché la previsione di procedure competitive di vendita tese allo stesso scopo.

- c. La complessiva strutturazione del fallimento come procedura unitaria non è solo il riflesso della universalità della responsabilità patrimoniale – peraltro oggi sempre più ridimensionata – quanto, in via più immediata, una conseguenza della unità dell'impresa. Come l'impresa si struttura unitariamente quale organismo produttivo, così la gestione della sua insolvenza non può che essere assunta in una procedura unitaria con pluralità di effetti processuali e sostanziali.

Queste considerazioni consentono di affermare che se si guarda il fallimento attraverso l'ottica della impresa commerciale se ne possono cogliere appieno la *ratio* e la funzione.

A questo punto occorre però affrontare una ulteriore distinzione suscitata dal rilevante grado di sofisticatezza della realtà economica.

La distinzione concettuale è quella tra due diverse accezioni di fallimento: fallimento inteso come procedura e fallimento inteso come principio di mercato.

Si può notare infatti che si assume il fallimento come principio di mercato, ma non sempre esso viene applicato come procedura.

In effetti non v'è dubbio che l'impresa inefficiente è in fallimento, ma questo di per sé non giustifica sempre l'apertura del fallimento come procedura.

Questo si riscontra nel nostro sistema concorsuale che vede una proliferazione di procedure a seconda della natura e della dimensione dell'impresa esercitata. Così è per la liquidazione coatta amministrativa e per l'amministrazione straordinaria nelle sue diverse versioni.

In altri termini, mentre il fallimento è assunto nel nostro sistema come principio di mercato, cionondimeno esso non è applicato come procedura laddove il legislatore assuma come più efficiente un sistema di gestione di tipo amministrativo.

2. *I tratti di caratterizzazione della nostra legge fallimentare*

Venendo ad una considerazione più specifica del complessivo assetto normativo della legge fallimentare, si può rilevare che in essa sono presenti importanti profili di innovazione e, ad un tempo, problematici coni d'ombra. Questo determina la difficoltà di cogliere appieno la logica del nuovo impianto di disciplina secondo una dimensione unitaria.

Ed infatti se, da un lato, gli interventi di riforma sono stati pensati in vista di una valorizzazione degli strumenti negoziali di soluzione della crisi di impresa e di potenziamento del ruolo del debitore e dei creditori quali operatori di mercato; dall'altro, alcuni fondamentali vincoli di mercato sono stati ridimensionati in modo significativo.

Basti osservare l'ampliamento degli strumenti deflattivi rispetto al fallimento - piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo¹ - per cogliere in essi l'esplicazione dell'autonomia privata come strumento non più premiale per l'imprenditore, ma di salvaguardia della impresa o di più efficiente soluzione soddisfattiva del ceto creditorio.

Nella procedura di fallimento poi è dato riscontrare la possibilità per il curatore di gestire e/o liquidare il patrimonio secondo schemi negoziali: affitto d'azienda, cessione unitaria d'azienda o di beni e/o crediti individuabili in blocco, sino a giungere alla possibilità di conferire l'azienda in società preesistenti o di nuova costituzione.

Tutto questo instrumentario tecnico-giuridico risponde all'idea di valorizzare l'autonomia privata quale forma di espressione del mercato.

In altri termini, nel definire la disciplina di questi istituti il legislatore ha colto il dato reale che le risorse immobilizzate in una impresa fallita possono essere liberate in modo più efficiente utilizzando strumenti di mercato. Da qui dunque l'innegabile livello di maggiore sofisticatezza della disciplina fallimentare con una sua progressiva evoluzione verso la disciplina commerciale.

Accanto a questo dato, però, si riscontra il ridimensionamento di un importante presidio di mercato quale era la revocatoria fallimentare. E' ben vero che molte delle esenzioni si spiegano alla luce dei tratti dinamici della impresa e della stabilità dei rapporti commerciali. Tuttavia, nelle vicende reali generate dai fallimenti ci si accorge che l'attenuazione di tale vincolo non è più da stimolo per una corretta gestione del credito con rallentamento nella emersione sul mercato dei segnali di allarme circa l'approssimarsi dell'insolvenza.

Su altro versante, quello dei creditori, è dato constatare che l'abolizione del voto per teste nel concordato preventivo e fallimentare conduce ad uno sbilanciamento negli equilibri decisori sul destino della impresa e delle soluzioni proposte verso i creditori di maggior peso economico con attenuazione significativa dei creditori minori.

¹ Va precisato che il piano attestato e gli accordi di ristrutturazione non sono propriamente procedure concorsuali e per la loro stessa funzione non sono adatti a rimuovere lo stato di insolvenza essendo correttamente operativi in stati di sovra indebitamento o di crisi.

Questo quadro sintetico della disciplina offre dunque spunti di riflessione e di dibattito sull'idea politica sottesa alla disciplina del fallimento che, come fatto cenno all'inizio, sfugge ad un inquadramento di unitaria coerenza, sembrando piuttosto volto a continui adattamenti su specifici nodi nevralgici di disciplina della crisi di impresa.

3. *La disciplina amministrativa delle grandi imprese*

Come osservato nelle riflessioni introduttive il fallimento assunto come principio di mercato non sempre implica l'applicazione del metodo "fallimentare" nella soluzione delle insolvenze.

Il nostro sistema è emblematico al riguardo essendo composto da un insieme di discipline alternative tra loro il cui criterio distintivo è dato anche dalla dimensione della impresa. Da qui la più volte innovata disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi e grandissime imprese insolventi e di quelle che esercitano servizi pubblici essenziali.

Limitandoci ad un approccio valutativo basato sulla mera constatazione, appare che l'unità del sistema si rompe anche su questo punto della disciplina. Ed infatti l'orientamento secondo il mercato della novella della legge fallimentare – pur se con i limiti e le contraddizioni viste – non trova pieno riscontro nelle procedure straordinarie nelle quali il ruolo dei creditori è piuttosto ridimensionato a vantaggio dell'opzione amministrativa.

Non è certo semplice affermare quale sistema sarebbe più efficiente, né peraltro questo è lo scopo delle riflessioni, per necessità sinottiche, che qui si svolgono. Nondimeno, possiamo di sicuro affermare che la disciplina dell'amministrazione straordinaria non è di mercato nel metodo utilizzato.

Non è dato comprendere sino in fondo la ragione, in punto di diritto, per la quale il legislatore si orienta verso l'amministrativizzazione di questo sistema, ampliandolo in via progressiva secondo la ricerca di soluzioni dettate dal caso particolare.

Senza però scendere nell'analisi del dato normativo nelle sue complesse articolazioni, si vuole in questa sede evidenziare che se assumiamo che l'insolvenza è manifestazione ultima del rischio di impresa non possiamo prescindere dal considerare che un sistema di mercato di gestione della crisi si basa, in primo luogo, sul principio di responsabilità delle scelte gestorie della impresa. Non interessa in questa sede la questione del *business judgement*. Per responsabilità intendiamo riferirci a quella di fronte al mercato ed alle previsioni

del mercato secondo un predefinito sistema di disciplina delle conseguenze di tale responsabilità².

Al riguardo non può sfuggire ad una riflessione attenta che è ben diverso l'impatto di una crisi sugli operatori del mercato a seconda che questi siano in grado di conoscere *ex ante* il destino del loro debitore, piuttosto che scoprirlo via via che l'insolvenza si manifesta a seconda della scelta che il legislatore adotterà per il singolo caso.

Sotto questo profilo, i continui adattamenti della disciplina dell'insolvenza della grande impresa industriale hanno determinato una evidente difficoltà di previsione da parte del ceto creditorio del loro destino di trattamento giuridico, cui si è accompagnato il ridimensionamento del loro ruolo una volta aperta la procedura pensata *singulatim*.

4. *Le crisi bancarie*

Un ultimo tassello del panorama delle nostre riflessioni è dedicato alle crisi bancarie.

Come noto gli accadimenti degli ultimi anni, il dibattito sul “*too big to fail*” e sul principio antagonista “*small enough to fail*”, nonché la ricerca a livello europeo di una disciplina unitaria della “*cross border banking insolvency*” hanno ridestato l'attenzione per la disciplina delle crisi bancarie³.

A livello europeo va segnalata l'attenzione che la Commissione ha avuto per la disciplina italiana dell'amministrazione straordinaria delle banche quale efficiente sistema di intervento per impedire la propagazione delle crisi bancarie. In effetti, si può dire che tutto il dibattito sulle crisi bancarie è condizionato dal grande timore di contenere il relativo rischio ed impedire effetti domino.

Rimanendo coerenti alle riflessioni sino ad ora suggerite secondo l'ottica del mercato, emergono anche sul punto profili di interesse.

Il dibattito europeo sulle crisi bancarie transfrontaliere ha messo in risalto la peculiarità del sistema italiano che vede tra gli operatori del settore le Banche di Credito Cooperativo. L'osservazione di tale segmento del sistema bancario disvela delle peculiarità di interesse che provano come non sia affatto vero che principi di solidarietà e di mercato siano inconciliabili e che per altro verso sia

² Per interessanti spunti di riflessione: J. Wolff, *Ethics and public policy. A philosophical inquiry*, London, 2011, p.170 e ss.

³ Sul problema ved.: Stern – Feldman, *Too big to fail*, Washington, 2009; si rimanda anche a De Sensi, *Cross border crisis management in the banking sector. An overview of italian measures*, in www.archivioceradi.it.

proprio la predisposizione di un sistema di tenuta solidale ad evitare pericolosi effetti domino ed a ridurre sistemazioni delle crisi in via di fatto.

Nel sistema cooperativo esiste infatti l'operatività del Fondo di tutela dei depositanti che per finalità statutarie può intervenire nel sostenere interventi di recupero delle banche cooperative ad una sana e prudente gestione.

Si tratta di interventi che vengono generalmente adottati quando la banca è già in amministrazione straordinaria in accordo con Banca d'Italia e con gli organi di gestione straordinaria.

Guardando al funzionamento del Fondo emerge che questo si informa a principi di mercato, pur avendo funzione solidale.

Da un lato, infatti, esso è sostenuto dalla contribuzione delle stesse Banche di credito cooperativo aderenti, che in tal modo creano lo strumento di gestione di eventuali crisi bancarie; dall'altro, gli interventi del Fondo sono condizionati dall'adozione di strumenti di mercato quali l'azione di responsabilità nei confronti degli organi gestori che hanno provocato la crisi, il recupero dei criteri di sana e prudente gestione, l'adozione statutaria di garanzia gestorie al fine di garantire nel tempo *standard* di *governance* adeguati.

Anche le crisi bancarie provano dunque che la chiave di volta del sistema rimane l'impresa e la capacità di assicurare ad essa sistemi efficienti di gestione anche nel momento della crisi rimanendo ineliminabile il vincolo del rischio e della conseguente responsabilità.

5. Conclusioni

Quale è un sistema efficiente di gestione della crisi di impresa ?

Si tratta di una domanda cruciale che i sofisticati livelli delle economie post moderne sollecitano all'attenzione dei governi e degli studiosi.

Un dato è innegabile: non si può prescindere dalla constatazione che qualunque risorsa, compresa quella finanziaria, è di per sé scarsa e come tale esige criteri di gestione.

L'impresa ci dice proprio questo: l'organizzazione dei fattori produttivi e la dinamica finanziaria cui essa si incentra attingono a risorse scarse che occorre continuamente ricreare, rafforzare, gestire.

Il fallimento, inteso come principio di mercato, si radica in questa scarsità di risorse e diviene per così dire connaturale al fenomeno imprenditoriale.

L'individuazione del sistema più efficiente di gestione della crisi dovrà quindi di necessità confrontarsi con questo dato di realtà in quanto dovrà essere in grado di meglio rispondere alla duplice esigenza di rimettere nel sistema le risorse mal gestite e di sanzionare i comportamenti non virtuosi.