



TOGNACCIOLI
A V O C A T S

La prevenzione della crisi delle imprese : confronto italo-francese

Milano, 18 ottobre 2019

Un ruolo nuovo per i consulenti dell'impresa

Jean-François TOGNACCIOLI

Avvocato presso il Foro di Nizza e di Parigi

Docente alla Facoltà di Giurisprudenza e Scienze politiche

Université Nice Sophia-Antipolis

In Francia, esiste un luogo, il Tribunale di commercio, esiste una materia, quella delle procedure concorsuali in cui da tempo i professionisti del diritto e dei numeri fanno convergere le loro competenze proprie al servizio dell'impresa in crisi. Sono con gli Amministratori e Mandatari giudiziari, i professionisti della prevenzione e del trattamento della crisi d'impresa.

Vorrei condividere qui a Milano una testimonianza una testimonianza della pratica quotidiana degli avvocati e commercialisti, entrambi desiderosi di corrispondere, come i giudici commerciali ed il pubblico ministero all'esigenza di efficacia e celerità delle procedure concorsuali.

A favore di tutti gli imprenditori, e non solamente a favore dei propri clienti, avvocati e commercialisti si sono dati i mezzi di cooperare per informare sulla prevenzione delle difficoltà delle imprese. Al servizio del cliente comune, nell'ambito di un fenomeno di contrattualizzazione del diritto delle procedure concorsuali, la cooperazione lascia posto ad una vera e propria collaborazione strategica. Pertanto, dobbiamo cooperare et collaborare (I).



TOGNACCIOLI
A V O C A T S

Ma la tecnica non deve trascurare il lato umano o così facendo perderebbe ogni fine. Nella fattispecie, il primo capitale di salute di una piccola o media impresa è la salute del proprio capo d'impresa. La salute fisica e mentale sono sovente messe alla prova in questi tempi turbolenti per lui e spesso anche per la sua famiglia. In Francia e spero che questo avvenga anche in Italia, sono state prese iniziative sia dalle autorità pubbliche che dagli attori delle procedure concorsuali per sostenere l'imprenditore e facilitarne la ripresa (II).

I / AVVOCATI & COMMERCIALISTI : L'UTILITÀ DI COOPERARE, LA NECESSITÀ DI COLLABORARE

A/ Un'utile cooperazione nell'informazione di tutti i capi

B/ Una necessaria collaborazione al servizio del cliente comune

II / LA SALUTE DEL CAPO D'IMPRESA & IL RILANCIO

A/ La salute del capo d'impresa : una questione fondamentale

B/ Il nuovo diritto al rilancio del capo d'impresa : il dopo fallimento



TOGNACCIOLI
A V O C A T S

I / AVVOCATI & COMMERCIALISTI : COOPERARE & COLLABORARE

In materia di crisi d'impresa, avvocati et commercialisti osservano entrambi: « l'ignoranza costa di più dell'informazione ».

In materia d'**informazione sulla prevenzione**, delle iniziative di cooperazione sono apparse in Francia : trattasi in particolare dei Centri d'Informazione sulla Prevenzione delle Difficoltà Aziendali (A). Ma i **mezzi d'informazione del fallito per un nuovo inizio** debbono ancora essere sviluppati (B).

A/ L'informazione sugli strumenti di prevenzione e di trattamento delle difficoltà

Per gli imprenditori, il Consiglio Superiore dell'Ordine dei Dottori Commercialisti, la Società Nazionale dei Revisori dei Conti e la Conferenza Generale dei Tribunali Commerciali creata nel 1999, (e parlo innanzi al Presidente RICHELME) insieme agli Avvocati hanno creato il **Centro di Informazione sulla Prevenzione delle Difficoltà Aziendali (CIP)**.

Il CIP e le sue sedi regionali e dipartimentali forniscono ai capi d'impresa dirigenti aziendali una documentazione, in particolare online, contenente informazioni sugli strumenti di anticipazione, individuazione e gestione delle difficoltà.

Inoltre, degli incontri riservati e gratuiti, noti come "Giovedì della prevenzione", sono proposti da una équipe composta da delegati CIP che comprende un Magistrato consolare onorario del Tribunale Commerciale, un Commercialista ed un Avvocato.



TOGNACCIOLI
A V O C A T S

Si tratta solo di informare, non di dare consulenze. Infatti, i delegati hanno solo bisogno di conoscere l'azienda attraverso le informazioni fornite dal dirigente durante questi incontri. Nessuna indagine è possibile o tantomeno desiderata.

Pertanto alcun conflitto è possibile tra la funzione informativa del CIP e la funzione consultiva riservata ai liberi professionisti, da un lato, ed alcun conflitto è possibile con la competenza giurisdizionale del Presidente del Tribunale di commercio e dei Giudici delegati alla prevenzione, dall'altro. I CIP svolgono solo un'azione che contribuisce al ruolo preventivo del Tribunale di commercio.

B / UNA COLLABORAZIONE AL SERVIZIO DEL CLIENTE COMUNE

In materia di diritto dell'impresa in crisi, detta collaborazione si sviluppa a due livelli :

- nella scelta della procedura adatta alle difficoltà (A).
- nell'attuazione della procedura scelta (B).

1/ Una collaborazione nella scelta della procedura adatta alle difficoltà

Un'osservazione va fatta con la legge di *sauvegarde* del 26 luglio 2005 ed i suoi successivi adeguamenti: che si tratti di missioni di consulenza occasionali o permanenti, né l'avvocato né il commercialista sono in grado di consigliare unilateralmente il capo d'impresa nella scelta dello strumento per prevenire o trattare le difficoltà :

- per via della molteplicità degli strumenti a disposizione (mandato ad hoc, conciliazione, salvaguardia, riorganizzazione o liquidazione giudiziaria);
- e questo è tanto più vero se si considera che alcune procedure possono svolgersi contemporaneamente.



TOGNACCIOLI
A V O C A T S

Fino alla legge del 26 luglio 2005, il compito era più facile perché un concetto chiave in materia di procedure concorsuali in Francia delimitava il confine tra il convenzionale e il giudiziario, tra il facoltativo e l'obbligatorio, tra la prevenzione ed il trattamento vero proprio. Stiamo parlando naturalmente del concetto legale e contabile di cessazione dei pagamenti, definito dall'articolo L 631-1 del codice di commercio francese come un'"impossibilità", "di far fronte alle passività dovute con gli attivi disponibili".

Dalla legge del 26 luglio 2005, questo non è più vero poiché :

- in caso di cessazione dei pagamenti da meno di 45 giorni è possibile orientarsi verso una procedura di prevenzione : la *conciliation*¹ ;
- L'assenza di cessazione dei pagamenti permette tuttavia di beneficiare di una procedura concorsuale con moratoria : la *sauvegarde*.

Inoltre, l'ordinanza del 18 dicembre 2008, recependo un a prassi giudiziaria, ha modificato il suddetto articolo L631-1 aggiungendo che "il debitore che prova che le **riserve di credito** o le **moratorie consentite dai suoi creditori** gli consentono di far fronte alle passività dovute con gli attivi disponibili non è in cessazione dei pagamenti ». In pratica, sarebbe sufficiente ottenere moratorie sul pagamento dei debiti dovuti da questi creditori - anche se solo per pochi mesi - per estinguere l'incendio della cessazione dei pagamenti e richiedere immediatamente una procedura di prevenzione. In altre parole, una situazione che era necessariamente assoggettata ad una procedura concorsuale ordinaria prima del 15 febbraio 2009, data di entrata in vigore dell'ordinanza del 18 dicembre 2008, può ora beneficiare di una *sauvegarde*, *conciliation* o di un *mandat ad hoc*.

¹ E inutile dirvi che l'avvocato lascerà al commercialista la cura di verificare se la cessazione dei pagamenti è configurata da meno di 45 giorni, dopo avergli augurato di cuore ogni successo in tale esplorazione.



TOGNACCIOLI
A V O C A T S

Il desiderio del legislatore è quello di dare priorità agli strumenti di prevenzione rispetto al trattamento delle difficoltà, facendo del *redressement judiciaire* una procedura sussidiaria rispetto alla procedura di *sauvegarde*.

In tale contesto, avvocati e commercialisti non hanno altra scelta se non di unire le proprie competenze per consigliare nel miglior modo il cliente comune nella scelta della procedura e questo tramite una metodologia comune. In due fasi :

- Fase propedeutica : Rispondere alla seguente domanda : **esiste una cessazione dei pagamenti ? (a)**
- Determinare in seguito i criteri di scelta della procedura da attuare (b)

(a) Rispondere alla domanda propedeutica : **esiste una cessazione dei pagamenti ?** In caso affermativo, solo la *conciliation* sarà possibile nell'ipotesi in cui la cessazione dei pagamenti è avvenuta da meno di 45 giorni. In caso contrario, il *redressement judiciaire* o la *liquidation judiciaire* saranno soli possibili poiché il debitore ha l'obbligo in Francia di dichiarare il proprio stato di cessazione dei pagamenti.

In assenza di cessazione dei pagamenti la *loi de sauvegarde* permetterà di beneficiare di un *mandat ad hoc*, di una *conciliation* ou di una *sauvegarde*.

(b) Come operare una scelta ? Sulla base di tre criteri che la prassi ha evidenziati :

[1] in funzione delle difficoltà da trattare. In caso di un problema di finanziamento, il *mandat ad hoc* o la *conciliation* saranno adatti. Al contrario, se la ristrutturazione è più globale (rescissione di certi contratti, ecc.), la *sauvegarde* s'impone.



TOGNACCIOLI
A V O C A T S

[2] **in funzione del settore d'attività e della natura della clientela.** Qui si deve considerare l'impatto negativo della pubblicità della procedura. Sarà opportuno preferire le procedure confidenziali come il *mandat ad hoc* o la *conciliation*.

[3] **in funzione degli interessi del dirigente, persona fisica.** A differenza del *redressement judiciaire*, il dirigente garante potrà avvalersi dei termini del piano di *sauvegarde*. La sostituzione del dirigente è esclusa in *sauvegarde*. Questo conserva quasi totalmente i propri poteri in materia gestionale. La cessione dell'azienda è esclusa in *conciliation* ed in *sauvegarde*. Il compenso dovuto al dirigente non è regolamentato in *sauvegarde*².

2 / Una collaborazione durante l'attuazione della procedura scelta

a/ Un fenomeno di contrattualizzazione del "diritto fallimentare"

Il fenomeno della contrattualizzazione delle procedure concorsuali conduce avvocati e commercialisti a ridefinire insieme le modalità delle loro missioni di consulenza. Oggi, le procedure concorsuali tendono ad essere più scelte che sofferte. Inoltre, in un'economia mutevole e quindi incerta, le procedure concorsuali diventano a pieno titolo uno strumento di gestione del rischio d'insolvenza.

² Attention à l'impact de la loi PACTE : désormais en RJ, le maintien de la rémunération du dirigeant est la règle [NdGCG].



Detto fenomeno di contrattualizzazione si manifesta in particolare tramite :

- la possibilità di proporre al Tribunale il nome del *mandataire ad hoc*, del conciliatore o dell'amministratore giudiziario nelle procedure di *sauvegarde*. Questa possibilità è stata estesa dalla legge PACTE del 22 maggio 2019 al *redressement judiciaire*. Questa è una vera rivoluzione. Ciò significa che la procedura per prevenire o affrontare le difficoltà dell'impresa non è più imposta ma scelta. La preparazione a monte di tutte le procedure di prevenzione (*mandat ad hoc* e *conciliation*) o addirittura di trattamento diventa una pratica. Sostanzialmente, l'avvocato o il commercialista, o entrambi, consulteranno il professionista che sarà associato alla strategia di rilancio, scelta che il Tribunale dovrà poi convalidare. Si tratta di lavorare "su misura".
- La possibilità, nelle procedure di *sauvegarde*, di accordi derogatori con alcuni creditori, aprendo la strada ad un'autentica ingegneria giuridica, contabile e finanziaria per la ristrutturazione del passivo. Il "prepack" ne è un esempio.

b/ Le procedure di "prepack"

Gli avvocati ed i commercialisti hanno quindi un ruolo nuovo da svolgere nella ristrutturazione del passivo o, durante un *mandat ad hoc* o una *conciliation*, nella preparazione della vendita di un'impresa in difficoltà. Pertanto, la creatività degli uomini e delle donne del diritto e dei numeri ha trovato un nuovo campo per esprimersi, illustrato in particolare dal "prepack" alla francese.

[1] Il prepack piano

Il problema è il seguente : Come preservare allo stesso tempo la confidenzialità di una procedura ed imporre a tutti i creditori una moratoria ed un piano d'estinzione dei debiti ? In due tappe.



TOGNACCIOLI
A V O C A T S

Innanzitutto, negoziando un accordo di ristrutturazione con dei creditori che rappresentino almeno 2/3 del passivo nell'ambito di una procedura confidenziale (*mandat ad hoc* o *conciliation*), il che ha il vantaggio di non inquietare gli erogatori di credito, i fornitori, i clienti e, in modo più generale, il mercato.

Successivamente, questo accordo sarà sottoposto al voto dei comitati dei creditori nell'ambito di una procedura di *sauvegarde* collettiva e non più confidenziale. Poiché i comitati dei creditori votano ora a maggioranza dei 2/3, è certo che l'accordo precedentemente negoziato sarà ratificato. A seguito della *sauvegarde*, tutti i creditori saranno assoggettati alla moratoria ed alle disposizioni di un piano di *sauvegarde*, che in realtà è solo un accordo precedentemente negoziato con 2/3 di loro, spesso banche e fondi di investimento.

La sentenza che omologa il piano di salvaguardia consentirà il riconoscimento giudiziario e il riconoscimento dell'effetto "erga omnes" di un accordo precontrattuale concluso tra un debitore ed i suoi principali creditori.

In Francia France, il Gruppo *Autodistribution*, leader europeo della distribuzione di pezzi di ricambio per automobili ha beneficiato del primo "prepack". La procedura di *sauvegarde* è durata solamente 33 giorni.



TOGNACCIOLI
A V O C A T S

[2] Il prepack cessione

Un'altra invenzione della prassi recepita successivamente dal legislatore è il prepack cessione.

Esso consente, nel contesto di riservatezza di un *mandat ad hoc* o di una *conciliation*, di ricercare un acquirente dell'azienda in crisi e quindi di ottenere dal Tribunale, nell'ambito di un *redressement judiciaire* o di una *liquidation judiciaire* pubblica ma accelerata, un piano di cessione a favore di un terzo selezionato, senza alcuna nuova gara d'appalto. Questo riduce il rischio di svalutazione dei beni aziendali e garantisce un'inversione di tendenza in tempi record (in media meno di 30 giorni, mentre un piano di cessione tradizionale può richiedere fino a 18 mesi).

In Francia, uno dei prepack cessione più notevoli ha riguardato la società *FRAM*.

II LA SALUTE DEL CAPO D'IMPRESA & IL RILANCIO

A/ La salute del capo d'impresa : una questione fondamentale

Non dimentichiamo che il primo capitale di una piccola e media impresa o di una piccolissima impresa è la salute fisica e mentale dell'imprenditore. La Francia ha 3,1 milioni di VSE e PMI, pari al 99,8% del numero totale di imprese. Ignorata fino ad ora, la salute mentale dell'imprenditore è la condizione sine qua non di una svolta per l'azienda. Ogni attore del diritto delle imprese in crisi deve garantire che questo capitale umano sia preservato, un capitale ben più difficile da ripristinare rispetto ai fondi aziendali quando il morale del "capo" è alle stalle.



TOGNACCIOLI
A V O C A T S

Devo parlarvi di una felice iniziativa intrapresa in Francia : la creazione d'APESA, associazione nazionale di aiuto ai capi d'impresa in situazione di crisi psicologica acuta.

I fondatori del dispositivo APESA, Jean-Luc DOUILLARD, psicologo clinico e Marc BINNIE, cancelliere associato presso il tribunale di commercio di Saintes, sono partiti da una semplice constatazione : la cattiva salute finanziaria di un'impresa arreca spesso danno alla salute psicologica di numerosi imprenditori, piccoli o grandi, che investono non soltanto i propri capitali ma la loro vita stessa nella loro azienda.

Il grave disagio psicologico che risulta a volte dai fallimenti e si esprime durante le udienze, gli incontri con i curatori fallimentari o i consulenti legali, è stato finora ampiamente ignorato.

Ma conoscere la legge ed applicarla rigorosamente non significa ignorare la sofferenza.

Grazie ad un'adeguata formazione, è possibile, senza snaturare la propria funzione e senza cimentarsi nella professione di psicologo, con il consenso dell'interessato, divenire semplicemente, prima sentinella e poi segnalatore, per trasmettere poi il trattamento della situazione agli psicologi specializzati che si prenderanno cura delle "inudibili ed inevitabili" sofferenze di alcuni imprenditori falliti.

A tal fine, le associazioni APESA, combinando la perennità di una piattaforma nazionale e la vicinanza di una rete locale, aiutano questi imprenditori affinché il fallimento sia solo il primo passo di un rilancio personale o professionale.

Oggi, 42 tribunali hanno adottato lo schema APESA ed altri 30 hanno manifestato l'intenzione di implementarlo. Le camere consolari, i commercialisti e le organizzazioni professionali aderiscono progressivamente a quest'azione.

In pratica l'avvocato, il commercialista, l'amministratore giudiziario, il mandatario giudiziario, il « curatore fallimentare » nel contempo dei giudici del Tribunale, divengono, dopo una breve formazione, sentinelle, consentendo, con l'accordo del capo



TOGNACCIOLI
A V O C A T S

d'impresa in difficoltà psicologica, di trasmettere una segnalazione all'Associazione APESA. Essa organizzerà per il dirigente appuntamenti con psicologi precedentemente formati su questi temi. Lo ascolteranno e lo sosterranno ed impediranno all'imprenditore di commettere l'irreparabile.

Mi sia concesso di presentare le opere fotografiche di *Jean Lecourieux-Bory*. Jean era un dirigente d'azienda. Un'impresa di produzione di caldaie. Il suo cliente principale lo abbandona da un giorno all'altro. Jean ha subito una liquidazione giudiziaria. La vergogna ed il senso di colpa sono ancora troppo spesso legati al fallimento.

Jean si è rilanciato. La sua passione di fotografo si esprime apertamente. Le sue fotografie testimoniano della vita quotidiana di tanti uomini e donne, imprenditori in buona fede di fronte ad un mondo economico in evoluzione. Le sue opere sono state esposte per tutta l'estate al Musée de l'Orangerie, al Senato Francese, Palais du Luxembourg.

B/ Il nuovo diritto al rilancio del capo d'impresa : il dopo fallimento

Le condizioni per un rilancio dell'attività del debitore fallito sono state a lungo ignorate da una legge fallimentare che non distingueva tra il debitore sfortunato ed il debitore disonesto.

Facilitare il rilancio dello sfortunato debitore è una preoccupazione della Commissione europea, che ha cercato di promuovere una politica della seconda opportunità. Questa raccomandazione è inclusa nel "Small Business Act" adottato nel dicembre 2008 ed è diventata un asse prioritario per l'azione di Bruxelles nel campo dei procedimenti concorsuali e questo secondo i seguenti termini :



TOGNACCIOLI
A V O C A T S

« Gli Stati membri devono far sì che imprenditori onesti, che abbiano sperimentato l'insolvenza, ottengano rapidamente una seconda possibilità. Gli Stati membri dovranno cercare di:

- promuovere nella società, con campagne d'informazione pubblica, atteggiamenti positivi verso imprenditori che tentano un nuovo inizio
- limitare a 1 anno la durata delle procedure legali di scioglimento di un'impresa, in caso di bancarotta non fraudolenta
- far sì che coloro che ritentano ottengano lo stesso trattamento di chi avvia una nuova impresa, compresi i regimi di sostegno.»

È vero che il manager o l'imprenditore individuale che si trova in difficoltà e deve presentare istanza di fallimento, senza necessariamente averlo meritato, si trova in una situazione in cui le sue competenze sono perdute per l'economia, il che è assurdo, e nell'impossibilità di riprendere un'attività per mancanza di finanziamenti poiché "marchiato con un ferro rovente" da un *rating* sfavorevole della *Banque de France*, il che è ingiusto.

Questa nuova legge sui seconda opportunità si basa su quattro pilastri:

- 1/ La riduzione degli effetti della liquidazione giudiziaria
- 2/ Formazione professionale
- 3/ L'uso dell'assicurazione
- 4/ La ricerca di finanziamenti



TOGNACCIOLI
A V O C A T S

Alcuni Stati membri – tra i quali la Francia – hanno anticipato dette raccomandazione modificando la propria legislazione in tal senso : la *loi de sauvegarde* ha creato la procedura di *liquidation judiciaire simplifiée* di una durata massima di un anno³ et ha mantenuto il principio dell'esdebitazione del debitore alla fine della procedura di liquidazione giudiziaria salvo casi di frode.

Una nuova procedura di esdebitazione è stata creata : il *rétablissement professionnel*.

Il sistema di *rating* dei capi d'impresa in crisi della *Banque de France* è stato rivisto.

Un sistema di indennizzo della disoccupazione degli indipendenti falliti è in corso di elaborazione, sul modello dei lavoratori licenziati per motivo economico.

Ecco, sono stato felice di condividere con voi la mia esperienza di professionista delle procedure concorsuali.

³ Nell'Unione Europea, la durata media di una procedura di liquidazione giudiziaria varia da quattro mesi a nove anni secondo gli stati membri.