

## LE AZIONI DI RECUPERO DEL CREDITO

### ALTERNATIVE AL FALLIMENTO

È noto che l'intera normativa sul fallimento è stata riformata nel 2006 con D.Lgs. 05 del 09 gennaio 2006. Recentemente, con D.Lgs. 169 del 12 settembre 2007, è stata *riformata* la riforma varata appena un anno prima. Fra le novità di rilievo è il completo stravolgimento (il secondo) dell'articolo 1 del R.D. 267/42 (legge fallimentare). La nuova stesura del richiamato articolo è entrata in vigore dal 01 gennaio 2008.

Ora, se per un verso la novella come redatta ha determinato il drastico ridursi delle Procedure fallimentari (per fare un esempio, il Tribunale di Roma è passato da circa 2.500 procedure dichiarate in media in un anno, a poche centinaia), per altro verso ha lasciato un vuoto normativo circa la gestione dei rapporti fra la massa dei creditori ed i debitori delle realtà imprenditoriali oggi definibili come *piccoli imprenditori*; in pratica con tutte le PMI. Il problema è tutt'altro che relativo, se pensiamo che a dispetto del pensiero corrente, la statistica dimostra che per numero e numerosità di addetti impiegati – lo si voglia o meno: dichiarati e non –, esse costituiscono l'ossatura di una economia ed in particolare dell'economia italiana.

Innanzitutto l'ormai insostenibile norma fiscale che impedisce di imputare a perdite un credito insoluto, a meno che non sia chiusa la procedura concorsuale senza realizzo di conseguente attivo a soddisfo del credito (cfr. Artt. 66, I c., II periodo; 101, V comma, DPR 917/86, come modificato dal D.Lgs. 344/03 e sue C.M. ed attuative<sup>1</sup>). La riforma ha semplicemente *dimenticato* che la riduzione delle condizioni di fallibilità delle imprese, avrebbe generato l'insorgenza di numerose sofferenze nell'attivo delle imprese con conseguente falsazione delle risultanze del loro attivo, per certe parti dei crediti, di fatto irrecuperabile. Se il debitore non può fallire, esperita senza successo l'escussione diretta, il credito verso di lui dovrà essere stornato dall'attivo, in molti casi, senza poter essere parimenti riconosciuta fiscalmente

---

<sup>1</sup> Per i crediti di natura estera cfr. C.M. n. 39/E del 10 maggio 2002, RM. 9/016 del 01 aprile 1981, Cass. 23863 del 19 novembre 2007.

la perdita *sacrosantamente* sostenuta dal creditore per la sopravvenienza intervenuta.

Infatti, al momento, nonostante la riforma del TUIR condotta nel 2003, ancora il TUIR non prevede automatismi succedanei alla procedura concorsuale, per qualificare senza troppe difficoltà interpretative l'imputazione a costi di un credito insoluto per il quale sia improponibile la procedura concorsuale stessa. Anzi, in questi casi il contribuente resta esposto all'alea dell'accertamento verso cui l'unica posizione a favore è costituita dalla Sentenza della C.C. n. 3862 del 16/03/01; ante riforma... e la Sentenza di Cass. N. 23863 del 19 novembre 2007. Se per un verso, la norma cita che *le perdite su crediti sono deducibili se risultano da elementi certi e precisi (...)*; per altro verso, subito dopo, specificatamente per le perdite su crediti, pone delle precisazioni talmente puntuali da non lasciare molto spazio – direi nessuno – al contribuente, per imputare il credito perso a costi, senza esporsi alla cieca al rischio di una ripresa a tassazione; sicuro prodromo di un contenzioso tributario.

Senza false ipocrisie occorre avere il coraggio di far presente che le PMI non possono certo avere la forza, quand'anche la cultura (in un'epoca in cui la tassazione ha superato ogni tolleranza di economicità), di distinguere le partite di ordine civilistico rispetto a quelle di carattere fiscale. A voler essere realisti, chi ha il coraggio di sostenere che il 70% delle PMI, qualificabili come *piccole imprese* secondo i parametri della nuova Legge Fallimentare, procede sistematicamente a portare a perdite i crediti insoluti ed irrecuperabili per competenza, provvedendo contestualmente ad effettuare le relative variazioni in aumento al fine di corrispondere l'ingiusta tassazione, di fatto comunque irrecuperabile? Occorre sul punto una rapida quanto efficace correzione della normativa tributaria affinché possano a ragione essere dedotte le perdite su crediti delle PMI, senza per questo dover inutilmente procedere ad istanze di fallimento condannate ad essere respinte per insussistenza dei parametri di Legge.

Ma la provocazione sin qui esposta non è che la punta di un iceberg di dimensioni ben maggiori se consideriamo gli effetti civilistici connessi alla consapevolezza – per gran parte al momento ancora da manifestarsi –, da parte

del mercato, di un **vuoto normativo che di fatto determina l'impunità dell'imprenditore insolvente** a fronte dell'impossibilità, da parte del creditore danneggiato, di difendere efficacemente il proprio diritto.

Invero, l'impossibilità di adire alla procedura concorsuale lascia spazio solo all'azione di recupero individuale ex art. 474 e ss. del Codice di Procedura Civile e come si sa, ove dovesse mancare una immobilizzazione in capo all'impresa insolvente, a meno di rari casi in cui il creditore è a conoscenza dell'esistenza di crediti aggredibili, non vi sono oggettive speranze di poter recuperare alcun credito. Solo per fare qualche esempio, relativamente ai beni mobili registrati, il PRA non consente di conoscere l'esistenza di automezzi in capo al debitore, a meno che non si conosca la targa dell'automezzo di cui si chiede le generalità del proprietario. L'accesso al sistema bancario per conoscere l'esistenza di conti correnti in capo al debitore ed eventualmente la loro giacenza è sì possibile, ma solo a costi proibitivi che facilmente possono superare l'importo del credito stesso. Ancora, il Sistema Giudiziario stesso impiega, per l'esperimento delle azioni cautelari, dei tempi talmente lunghi da non consentire di fatto alcuna possibilità di recupero quando il debitore ha tutto il tempo, nelle more del giudizio, di spogliare l'azienda o venderla o chissà cos'altro. Né tampoco il famoso art. 700 c.p.c., tante volte azionato in questi casi, ha dato dimostrazione di efficacia in tema di recupero. Le azioni cautelari sono strutturate con procedure ancora troppo lente sia per l'azione, sia per il regresso, una volta accertata l'eventuale ragione di controparte. Anche nell'ipotesi di sequestro di azienda – quando riesce –, il miglior risultato è la sua fine, a causa dell'immobilità cui è stata costretta dal sequestro stesso.

In sintesi, completezza vuole che, alla luce dell'innovativa impostazione del Diritto Fallimentare, in tema di recupero, tutto il libro III del C.p.c. dovrebbe quanto meno essere esso stesso riformato *ex novo*, affinché il creditore individuale possa a ragione procedere efficacemente, innanzitutto ad accertamenti, sullo stato del debitore e successivamente per le azioni di recupero del credito.

Nelle more, non resta che attivarsi in senso preventivo. Lasciando da parte gli storici strumenti quali le cambiali ipotecarie di antica memoria che già si

vedono vivere un momento di restaurazione, si impone più di ieri che non solo in sede precontrattuale, ma anche perdurante il rapporto, con periodicità semestrale od annuale, gli imprenditori procedano ad una valutazione dei loro interlocutori e della loro solvibilità, così come le banche si sono abituate da sempre a fare in occasione della concessione di un finanziamento. In fondo non bisogna dimenticare che i debiti di funzionamento costituiscono una delle componenti di finanziamento indiretto delle imprese. Non c'è nulla di astruso quindi nell'adeguarsi alla letteralità di questa espressione, disponendo nelle regole contrattuali di fornitura, che entrambe le parti provvedano a recapitarsi, almeno annualmente, ma con periodicità crescente, in rapporto al volume delle operazioni concluse ed all'importo di ognuna di esse sia una situazione economico patrimoniale, sia soprattutto un rendiconto finanziario che consenta di verificare lo stato di salute finanziario dell'impresa fornita.

Si rammenta poi la sussistenza dello strumento fideiussorio. Strumento di fatto azionabile solo quando il fornitore si trova in una posizione dominante rispetto all'altro. Tuttavia nulla osta che il mercato impari a farne uso proponendolo anche in sede di offerta d'acquisto. L'eventuale declino da parte del cliente evidenzierà certamente un maggior tasso di rischio dell'operazione che si fa nel continuare a volerlo fornire. Ad ogni buon conto sul punto si rammenta che la fidejussione è un contratto fra le parti; contratto nel quale l'assicurazione è fideiussore vero e proprio a fronte di un premio di rischio, ma la banca è nel più dei casi, mero depositario, pretendendo, per sottoscrivere la fidejussione, il preventivo deposito della somma garantita. Ebbene nulla osta che, soprattutto quando il rapporto fra gli imprenditori, per la sua importanza, in ipotesi di insolvenza del debitore, rischia di compromettere l'equilibrio stesso del fornitore, si possa prevedere la costituzione di una fidejussione bancaria *a prima richiesta* in misura pari ad un importo cosiddetto *di sicurezza*, pari almeno all'esposizione di massima tollerabilità del fornitore stesso. In questo caso, altrettanto nulla osta che l'operatore possa organizzarsi mediante accordi con le banche con cui abitualmente opera per la stesura di un testo adeguato e ragionevolmente accettabile dal cliente istante la dilazione del pagamento. Inutile dire che l'operatore con l'estero è certamente più avvezzo allo strumento indicato, sicuramente operando con l'assistenza della SIMEST Spa.

Utopie, per il momento. Solo il tempo ed il mercato diranno se potranno diventare realtà.

Ad ultimo si rammenta lo strumento dell'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore dell'impresa insolvente, quando questa è costituita come Società. Sia il Diritto Civile, sia il diritto Fallimentare considerano l'istituto da sempre, ma esso è stato poco praticato a causa appunto della sussistenza dell'azione concorsuale. In genere è più nota l'azione di responsabilità intrapresa dal Pubblico Ministero od in subordine dal Curatore del Fallimento. Solo in rari casi si è assistito all'azione di responsabilità avanzata dai Sindaci o dai soci, in ipotesi di gravi mancanze commesse dagli amministratori. Quasi mai l'istituto è stato azionato dai terzi. Invero, l'istituto è ripreso in diversi articoli del Codice Civile, a seconda della natura giuridica della società di cui il gestore è amministratore (Art. 2267 C.C. per le società semplici, Snc e Sas; artt. 2393 al 2395 per le Spa e Sapa e Cooperative; 2476 per le Srl e coop aventi facoltà e requisiti). Il tenore del citato della norma istitutiva, in particolare quello per le Spa, evidenzia che l'istituto è stato regolamentato per cautelare i soci della società dalle azioni dolose o colpose compiute dall'amministratore in danno della società. Per essa si intende l'azione civile promossa nei confronti dell'amministratore in proprio, al fine di potersi rivalere sul suo patrimonio in caso di vittoria per la quale sia accertato il comportamento doloso o colposo che ha cagionato il danno. Come anticipato, detta azione, nel caso delle procedure fallimentari, viene in genere azionata dalla Massa dei creditori per tramite del Curatore mediante costituzione di Parte Civile nei processi penali, tesi appunto a dimostrare il dolo o la colpa dell'amministratore per l'intervenuto dissesto societario. Nulla osta, però che la Massa e per essa il Curatore, possa agire nei confronti dell'amministratore per via Civile, senza attendere l'avvento del Procedimento Penale. Al terzo però, è data la facoltà di richiedere il risarcimento del danno generato dal comportamento colposo o doloso dell'amministratore (si veda ad es., per le Spa l'Art. 2395; società a responsabilità limitata, l'Art. 2476, VI c. C.C.). Si tratta in questo caso di esperire una azione piuttosto complessa, che invero trascende il rapporto originario del credito, ma che potrebbe, in ultima analisi e qualora ne sussistano i presupposti, rivelarsi utile per il recupero, anche se per via

indiretta, del credito maturato verso la società. L'azione, lo si ripete è molto complessa e prevede la necessità di disporre di elementi di prova che dimostrino, intanto l'insorgere di un danno subito dal creditore (nulla a che vedere con il mancato pagamento, che è una cosa diversa) e contestualmente ad esso un intento doloso o, nella migliore delle ipotesi, negligente, dell'amministratore della società debitrice, nel far sì che in conclusione, la società non fosse in condizioni di onorare il suo debito, tanto da ingenerare il menzionato danno in capo al creditore.

Concludendo un breve commento, solo apparentemente polemico, quanto piuttosto provocatoriamente di stimolo. Si può dire che, dalla lettura del citato della norma, risulta chiaro l'intento del Legislatore di voler dare un'espressione parametrica, in qualche modo automaticamente rinnovabile, alla definizione del "piccolo imprenditore" di antica memoria, cui è preclusa la Procedura fallimentare. Ora però, l'evidenza di quanto sopra rappresentato, dimostra che l'intento lodevole di voler alleggerire l'appesantito apparato giudiziario da Procedure vuote e prive di attivo utile per la Massa dei creditori, ha purtroppo peccato di superficialità. I veri esperti di Diritto sanno che la redazione delle norme comporta la necessità imprescindibile di valutare il loro impatto nel coacervo del sistema in cui esse vanno ad interagire; sistema che sempre più è aperto ed investe, oggi più di ieri, innumerevoli realtà, per lo più diverse e apparentemente affatto affini a quella direttamente investita dalla norma. Purtroppo le nuove generazioni del legislatore in troppi casi hanno dato dimostrazione di essere poco coscienti di questa direi anche qualunque osservazione i cui effetti però sono tutt'altro che limitati. Per questo si è provocatoriamente parlato qui di superficialità.

Roma 30/03/08

Marco Pinci