

RIFLESSIONI PRECOCI SULL'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA DELLA REGOLAZIONE CONCORDATA DELLA CRISI D'IMPRESA

(appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)

DI MASSIMO FABIANI

1. Una visione d'insieme.

Il decreto-legge “Sviluppo” contiene delle – per vero importanti – disposizioni che attengono alla disciplina delle crisi d'impresa.

Crisi e sviluppo parrebbero porsi come termini e concetti antinomici, ma subito va sgomberato il campo dal sospetto dell'eterodossia delle misure sulla crisi d'impresa rispetto al contesto normativo.

Il tratto che qualifica, davvero, l'art. 33 del d.l. (nella versione modificata con la legge di conversione) è rappresentato, al di là di ogni ragionevole dubbio dalla dichiarata opzione di agevolare le imprese nell'uscita dalla crisi premiando soluzioni nelle quali un valore è rappresentato dalla continuità aziendale.

Ora non è seriamente sostenibile che tutte e proprio tutte le nuove disposizioni siano orientate ad assecondare un'impresa in crisi che voglia proseguire l'attività ma il leit-motiv è senza dubbio alcuno questo.

Una precisazione s'impone sin da subito: il fatto che si sia voluto premere l'acceleratore sulla soluzione delle crisi incentivando il ricorso al concordato preventivo è un dato di fatto, non un giudizio di valore.

Un primo e affrettato bilancio potrebbe ben chiudersi con un segno positivo perché le novità positive sono decisamente prevalenti su quelle negative ma quelle negative potrebbero anche innescare meccanismi perversi tali da inficiare il risultato complessivo. La stessa opzione che premia la continuità aziendale non è scevra da rischi anche seri, visto che nella maggior parte dei casi questa continuità è assicurata da apporti finanziari che venendo a fruire (giustamente) del vantaggio della prededuzione possono ben erodere

ulteriormente le aspettative dei creditori pregressi. Soprattutto in un momento di gravissima crisi macroeconomica le prospettive dichiarate nella proposta possono risultare velleitarie e tali da indurre i creditori, specie quelli meno attrezzati, a sentirsi più al sicuro nel riparo della procedura fallimentare. Credo non a caso il legislatore abbia così inciso sul modo di espressione del voto proprio per rendere i creditori apatici l'ago della bilancia col metodo del silenzio assenso.

Prima di addentrarci nei meandri, talora un po' tortuosi della riforma (basti pensare al regime dei finanziamenti dislocato in tre diverse disposizioni), è opportuno svolgere qualche ulteriore considerazione unificante l'intervento normativo anche nella porzione extraconcordataria.

Un'ultima riflessione preliminare: dal 2005 al 2012, praticamente ogni anno il legislatore è intervenuto per modificare e poi rettificare e poi aggiustare le norme sulla crisi d'impresa. Forse è naturale che di fronte ad una materia che presenta spiccati profili di contiguità con l'economia, il diritto debba andare al traino dei bisogni delle imprese, anche se, in verità, la riforma societaria del 2003 non ha subito la stessa sorte. Ed allora senza entrare nell'agone se sia meglio un cantiere sempre aperto pronto a recepire le esigenze del mercato ovvero se sia meglio lasciar sedimentare le norme e attenderle alla prova dei fatti almeno per un certo tempo dato, ciò che mi preme segnalare è il fatto che purtroppo, ancora una volta, si sia privilegiata la tecnica del rattoppo (magari un buon rattoppo) rispetto alla tecnica dell'intervento strutturale. Si deve essere consapevoli che in un arco della storia, ormai più non breve e fuggevole, le vere riforme sono tutte state varate con la decretazione d'urgenza, e tuttavia, senza il timore di apparire nostalgici, un tweet in meno e un libro in più non avrebbero cagionato danno.

Le riflessioni che seguono sono il frutto di un esame per ora non approfondito della nuova tessitura normativa e ambiscono, allora, a divenire un primo stimolo per un dibattito che sicuramente sarà lungo e tormentato.

2. Modifiche alla revocatoria.

Tutti coloro che a vario titolo navigano nelle acque tempestose della crisi d'impresa sono consapevoli che il baluardo principe della concorsualità sistematizzata, ovverosia l'azione revocatoria fallimentare, è stato demolito, sia in astratto con la disciplina dell'art. 67 l.fall. e della sua ricca varietà di esenzioni, sia nell'esperienza pratica perché forse ancora più di quanto

auspicato dal legislatore liberista del 2005, il contenzioso revocatorio si è quasi del tutto dissolto.

Nonostante la disaffezione degli interessati per un istituto da tutti ancora sbandierato come potenziale ostacolo per soluzioni concordate della crisi, ma divenuto ormai il vessillo sbiadito di un tempo che fu, il legislatore pone mano alla revocatoria fallimentare attraverso un'ulteriore addenda esonerativa. L'esenzione di cui all'art. 67, 3° comma, lett. c) l.fall. viene estesa dall'immobile destinato ad uso abitativo principale all'immobile destinato ad uno produttivo principale. Si tratta di una modifica per nulla stravagante, talora già adombrata in dottrina come chiave di lettura per un possibile accesso al giudice delle leggi, ed anzi coerente con la mission del d.l. Si vuole, cioè, evitare che un imprenditore rischi di perdere l'immobile acquistato a giusto prezzo da un debitore che poi fallisca, e dunque si punta a consolidare l'acquisto nella prospettiva della continuità aziendale (in questo caso dell'imprenditore non insolvente).

In apparente controtendenza rispetto alla demolizione del furore revocatorio, si pone il nuovo art. 69 bis l.fall.

Si stabilisce, infatti, per diritto positivo la perdurante vigenza nel nostro sistema del fenomeno della consecuzione delle procedure (per vero di recente confermato dalla giurisprudenza anche dopo le riforme del 2005) e lo si estende anche ad un'ipotesi in cui si vogliono sterilizzare gli effetti negativi di una non consecuzione. La nuova norma, infatti, ancora il periodo sospetto (biennale, annuale o semestrale) non già ad un accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza (sentenza di fallimento o decreto di ammissione al concordato preventivo) , ma al deposito del ricorso per l'ammissione al concordato o meglio ancora alla data di pubblicazione del ricorso presso il registro delle imprese (il che fa riproporre il tema di una efficacia pubblicitaria rispetto ad imprese non iscritte e tuttavia legittime aspiranti al concordato perché l'irregolarità non è più requisito ostativo).

Non si tratta, però, di una disposizione dissonante ma di una disposizione necessitata, assente la quale la c.d. domanda di concordato in bianco sarebbe risultata così indigesta da provocare di sicuro una crisi di rigetto.

Nel momento in cui si allentano le briglie sulla domanda e si prevede un termine per l'ingresso in procedura che può arrivare sino a sei mesi, cioè proprio il periodo sospetto per gli atti normali, si decide che il gioco deve essere serio e che pertanto non si può adoperare lo strumento della domanda di concordato per sterilizzare il periodo sospetto e l'alternativa della convenienza della soluzione fallimentare.

Pur se per i motivi che saranno di poi vagliati, non sono persuaso della perfetta tenuta di un istituto ispirato ad altri ordinamenti ma calato in un Paese non proprio ricco di senso etico, mi pare debba essere apprezzata la scelta del legislatore di neutralizzare anticipatamente una delle critiche più lineari, intervenendo sulla decorrenza del periodo sospetto.

Decisamente sintonica con l'ampliamento degli effetti connessi alla sola pubblicazione del ricorso per concordato preventivo, è l'inserimento nell'art. 67, 3° comma lett. e) l.fall. della previsione dell'esonero da revocatoria per gli atti compiuti nel periodo compreso fra la pubblicazione del ricorso e l'apertura del concordato, un periodo che era considerato sino a poco tempo fa, una sorta di terra di nessuno dove non c'erano regole sicure e soprattutto dove le esigenze di effettuare immediati pagamenti potevano essere relevantissime.

Gemma da tutt'altro contesto, invece, quella disposizione che rende inefficaci le ipoteche giudiziali iscritte nei tre mesi antecedenti alla pubblicazione del ricorso, ma su questo intervento si svolgeranno alcune considerazioni nel § 7.

Qui preme rilevare che la volontà non è quella di estendere al concordato preventivo un'inefficacia tipica della revocatoria fallimentare, ma quella di consentire al debitore che vuole predisporre una domanda di concordato di non doversi esporre al rischio della formazione di titoli preferenziali nell'imminenza della domanda. Mentre la revocatoria dell'ipoteca giudiziale è in primo luogo strumento di perequazione rispetto ai creditori chirografari, l'inefficacia dell'ipoteca giudiziale è diretta, essenzialmente, a favorire la stessa presentazione della proposta di concordato e solo indirettamente ad avvantaggiare i creditori non prelatizi.

3. Nuove regole sull'attestazione e sull'attestatore.

Una disciplina un poco frammentaria e costruita sulla base di una griglia a maglie troppo larghe lascia il campo ad una serie di modifiche che incidono, trasversalmente, su tutti gli strumenti di composizione concordata, tanto sul contenuto oggettivo dell'attestazione quanto sulla figura dell'attestatore.

Procediamo con ordine e guardiamo innanzi tutto al lato soggettivo.

a) Viene definitivamente chiarito che la nomina dell'attestatore compete in via esclusiva al debitore, soluzione di gran lunga preferita sino ad ora nell'esperienza pratica ma non in modo così univoco. Questa scelta appare in

sintonia con le dinamiche di autonomia che il legislatore ha dichiaratamente privilegiato e tuttavia rende ancora difficile una collocazione sistematica di un soggetto che pur non essendo designato dal giudice svolge un compito istruttorio decisivo (soprattutto negli accordi di ristrutturazione e nel concordato preventivo) ed al quale il tribunale si deve affidare. Non è un consulente tecnico d'ufficio e neppure un consulente tecnico di parte se si volesse valorizzare quella garanzia di indipendenza che costituisce ulteriore novità e di cui in appresso. Volendo trovare un qualche appiglio nel codice di procedura civile, potremmo definirlo un testimone tecnico figura da noi sconosciuta ma per nulla ignota al mondo anglosassone. A questa conclusione si deve pervenire oggi più di ieri, al lume della sanzione penale contenuta nell'art. 236 bis l.fall.

b) Viene adeguatamente rafforzata la garanzia di indipendenza rispetto al debitore con una serie di limitazioni che se vorranno essere prese sul serio potrebbero, davvero, elevare il profilo di indipendenza. Si tratta, però, di una disposizione che, al fondo, non risolve l'obiezione che derivando l'incarico dal debitore, l'indipendenza sostanziale resta forse un miraggio. Orbene, la fissazione di limiti quali sono indicati nell'art. 67 3° comma lett. d) l.fall. non va criticata ma certo non è risolutiva. L'esperienza di ormai sette anni di attestazioni non è tranquillizzante ma una svolta verso lidi più sicuri potrebbe dipendere dal rischio reputazionale, ove vi fosse una maggiore circolarizzazione delle notizie che attengono agli incarichi e alla sorte dei procedimenti per i quali le attestazioni sono state rilasciate.

c) Viene sanzionato con una pena severa (fino a cinque anni e con l'aggravante fino a sette anni e sei mesi) l'attestatore che renda una attestazione falsa ovvero che ometta informazioni rilevanti. Che i tempi fossero maturi per prevedere una sanzione penale era abbastanza evidente, sia perché già la l. 3/2012 (art. 19) aveva istituito il nuovo reato di falso (in attestazione et al) a carico dei soggetti componenti l'Organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento, sia perché nella giurisprudenza di merito avevano iniziato a far breccia decisioni nella quali si era ritenuto l'attestatore responsabile del reato di cui all'art. 481 c.p. in quanto persone esercenti un servizio di pubblica utilità.

Ma se l'ipotesi di reato per falsa attestazione non può sorprendere e non deve essere censurata per il fatto che l'attestatore è una parte privata che non assume la veste di pubblico ufficiale (né di incaricato di pubblico servizio), non diversamente dal fatto che è punito il reato di falsa testimonianza (da qui il rilievo che il reato potrebbe essere compreso fra quelli contro l'amministrazione della giustizia), devono essere mossi importanti rilievi alla formulazione della fattispecie di reato fondata sull'omessa informazione di

fatti rilevanti. Ora, a parte i dubbi sulla costituzionalità della norma per indeterminatezza della fattispecie, non v'è dubbio che il rischio di incorrere nel reato sia davvero ampio, posto che da una parte non è detto che all'attestatore siano fornite tutte le informazioni (anzi...) e dall'altra parte la rilevanza dell'informazione è concetto eccessivamente soggettivo. Dal punto di vista pratico, nel tentativo di ricondurre ad ordine il modo di procedere dell'attestatore si può immaginare che la relazione sia accompagnata da una descrizione analitica dei documenti esaminati e delle informazioni ricevute dall'imprenditore (con sottoscrizione del debitore), ma che ciò sia sufficiente a scriminare il reato è tutto da vedere.

d) Per ciò che attiene al contenuto oggettivo dell'attestazione si prevede che anche per il piano attestato di risanamento e per gli accordi di ristrutturazione la relazione debba contenere oltre al giudizio prognostico di fattibilità anche la certificazione di veridicità dei dati aziendali, che in via diretta o indiretta già si reputava dovesse accompagnare gli accordi di ristrutturazione. Si tratta di una specificazione certamente utile perché chiarisce l'esatto perimetro delle attestazioni.

e) Pertiene, di riflesso, all'attestazione anche la previsione della pubblicità del piano di risanamento che il debitore può attivare scegliendo di iscrivere nel registro delle imprese il piano (e direi, proprio, anche la relazione). La pubblicità è rimessa formalmente all'autonomia decisionale del debitore e tuttavia ben potrebbe essere oggetto di accordo le quante volte il piano si fondi, anche, su accordi con singoli creditori.

f) Un altro profilo strettamente correlato all'attestazione è quello che si ricava dall'art. 161 l.fall. là dove si stabilisce che una nuova attestazione vada formata in caso di sostanziale modifica della proposta o del piano. Si tratta di un inserimento opportuno ma, se si vuole, non necessario perché a procedura aperta la valutazione poteva anche essere rimessa alla relazione ex art. 172 l.fall. del commissario giudiziale. Tuttavia, volendo tenere ben distinti i ruoli e le funzioni fra commissario e attestatore e considerando anche la responsabilità penale, nel complesso la nuova regola va vista con favore.

g) La figura dell'attestatore vive, peraltro, di nuova luce perché le attestazioni saranno richieste anche in corso di procedura e in funzione del compimento di determinati atti o attività, ma di questo ci si occuperà in un prossimo §.

4. Le correzioni agli accordi di ristrutturazione.

Gli accordi di ristrutturazione hanno avuto, nella pratica, un andamento sinusoidale. Hanno stentato a decollare sino a quando le modifiche all'art. 182 bis l.fall. nel 2007 e nel 2009 non li hanno resi più appetibili, poi si sono diffusi sempre più, specie in alcune aree del Paese, ma proprio quando ora vedono portato a compimento un lento ma inesorabile cammino in termini di funzionalità, è verosimile che possano competere assai bene con i piani di risanamento ma rischino, al contempo, di essere fagocitati da un concordato preventivo onnivoro che nella sua sempre più dilagante flessibilità può aspirare a sovrapporsi anche a quelle situazioni di crisi per le quali apparirebbe più adatto l'accordo di ristrutturazione.

È noto che nei primi anni di applicazione dell'istituto degli accordi di ristrutturazione si discusse sulla possibilità di intendere la locuzione "regolare pagamento" per i creditori estranei in modo equipollente a "pagamento nella stessa misura dei creditori estranei", ma ben presto si affermò una lettura contraria e decisamente preferibile secondo la quale il concetto doveva essere quello di "pagamento integrale e alla scadenza".

Ora il legislatore si preoccupa, un po' tardivamente, di spiegare che i creditori estranei debbono essere soddisfatti per intero, ma si introduce una nuova regola volta a favorire gli accordi nella misura in cui si riconosce al debitore la possibilità di una breve moratoria di centoventi giorni (decorrenti dal decreto di omologazione o dalla scadenza del debito se successiva all'omologazione). Questa moratoria sembra ricalcare, sebbene per un periodo inferiore, quella prevista nell'art. 8 della l. 3/2012, dove per la composizione delle crisi da sovraindebitamento si stabilisce una moratoria fino ad un anno per i creditori estranei. Va tuttavia osservato che questa incentivazione pone più di qualche problema in chiave sistematica perché i creditori estranei vengono così ad essere incisi sebbene per un tempo limitato. È diffuso, ancora, il convincimento che vuole gli accordi di ristrutturazione uno strumento di regolazione della crisi non equiparabile alle procedure concorsuali, ma la già ricordata complessità duale degli accordi riceve ulteriore linfa da questa nuova misura.

Purtroppo, per l'esigenza di concentrare altre nuove regole in singole disposizioni (è il caso dei finanziamenti), si è dovuto frazionare la disciplina degli accordi di ristrutturazione in più norme. È questo il caso dell'art. 182 quinquies ult.comma l.fall. nella parte in cui prevede che il debitore che presenta l'accordo o il pre-accordo possa chiedere al tribunale di essere autorizzato ad effettuare pagamenti a favore di creditori anteriori in relazione

a prestazioni decisive per la prosecuzione dell'attività quando vi sia un'utilità certificata da un professionista munito dei requisiti di cui all'art. 67.

Questa disposizione potrebbe, se estrapolata dal contesto, divenire il grimaldello per scardinare la tesi, poco sopra rammentata, secondo la quale gli accordi di ristrutturazione si pongono fuori dal perimetro delle procedure concorsuali. Va, infatti, precisato che nessuno mai aveva osato prospettare che il debitore potesse andare incontro ad una forma, pur se la più blanda, di spossessamento, ed invece il prevedere che per compiere determinati atti occorra un'autorizzazione del giudice sembra far pendere l'asticella verso le procedure concorsuali.

Pur nella consapevolezza di quanto delicato sia questo passaggio, a mio avviso la norma ha una finalità ben diversa ed è quella di preconstituire un'ulteriore causa di esonero dalla revocatoria che integra quella di cui all'art. 67, 3° comma lett. e). Sono esentati dal rischio della revocatoria non solo gli atti posti in essere in esecuzione degli accordi (art. 67), ma anche quelli che potremmo definire funzionali agli accordi (art. 182 quinquies).

L'art. 182 bis l.fall. novellato ospita, poi, alcuni interventi di natura correttiva volti ad armonizzare il pre-accordo di cui al comma 6° con l'accordo vero e proprio. E, a proposito del pre-accordo va precisato che l'efficacia delle misure inibitorie confermate dal decreto del tribunale si trascina non solo nel caso della pubblicazione dell'accordo vero e proprio ma anche quando al pre-accordo faccia seguito la pubblicazione di una domanda di concordato preventivo, in quello che potremmo definire un embrione di consecuzione fra strumenti (e non procedure) concorsuali. Mi pare, peraltro, che debba essere segnalato un aspetto, collegato al tempo, tutt'altro che trascurabile. Se, infatti, si congiungono i circa novanta giorni di cui il debitore si può giovare con il deposito dell'istanza di sospensione, con i (fino a) centottanta giorni della c.d. "domanda in bianco", si avverte che si può giungere fino a duecentosettanta giorni senza che i creditori possano interloquire sulle iniziative del debitore (salvo che per la fase interinale nel procedimento cautelare dell'art. 182 bis l.fall.). Il che pare francamente un po' troppo, al punto che qualcuno potrebbe anche dubitare della costituzionalità del combinato disposto degli artt. 182 bis ult.comma e 161 ult.comma l.fall., per violazione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.).

5. Il piano concordatario.

Al 2° comma dell'art. 161 è stata aggiunta la lett. e), cosicché con il ricorso è esplicitamente previsto che il debitore debba depositare il piano contenente le modalità e dei tempi di adempimento della proposta. Per chi da tempo predica la distinzione fra piano, proposta e domanda, la disposizione non può che apparire un felice innesto; specie perché si capisce che il piano è il programma di adempimento della proposta. In sintesi, il debitore deve spiegare come pensa di poter adempiere alla proposta che va a formulare ai suoi creditori.

Nel piano si deve indicare il tempo di adempimento; è questa un'aggiunta che va presa con cautela nel senso che si tratta di capire se l'indicazione del tempo di adempimento divenga oggetto della proposta, nel qual caso all'evidenza, il mancato adempimento tempestivo si traduce in un inadempimento e dunque nel rischio della risoluzione del concordato, oppure se il tempo dell'adempimento debba essere indicato nel piano allo scopo di rendere fattibile e credibile la proposta. Questa seconda lettura mi sembrerebbe quella più ragionevole ma l'espressione lessicale adoperata sembra far propendere per la prima ipotesi; il che, verosimilmente, indurrà il debitore ad essere molto prudente nel fissare il tempo di adempimento.

Quanto all'indicazione delle modalità della proposta a me pare che contrariamente a quanto da taluno opinato all'indomani del d.l. 83/2012, le modalità di adempimento della proposta nulla abbiano a che vedere con l'indicazione della misura del soddisfacimento. Pretendere che il debitore nella proposta debba specificare la misura del soddisfacimento dei creditori, in ogni modello di concordato preventivo, oltre che contraddire il dato di diritto positivo si pone in conflitto sia con il fatto che nella proposta ai creditori si possa offrire qualcosa di diverso da un pagamento, sia con un principio di efficienza economica. Se si pretende una precisazione di questo tipo, una volta che la legge ha eliminato una soglia minima, sarà difficile (come per il tempo di adempimento) immaginare che il debitore non sia assai cauto nella fissazione della percentuale e così non avremmo risolto nulla. Infatti, il giudizio di convenienza rimesso, comunque, solo all'iniziativa di parte avrà per oggetto quanto è verosimile si ricaverà dalla soluzione concordataria con quanto è verosimile si ricaverebbe dalla liquidazione concorsuale, certo nessuna comparazione potrà essere suggerita fra la misura oggetto di specifica proposta e una soluzione fallimentare che non può dare preventivamente alcuna certezza. Se la comparazione deve avvenire ciò impone che vi sia simmetria fra i dati da valutare.

Non credo proprio, pertanto, che i fautori dell'obbligatorietà dell'indicazione della percentuale del pagamento nel caso di concordati non garantiti, trovino nuovi spunti nella lett. e) dell'art. 161.

6. La domanda di concordato ... in bianco.

Chiunque si accosti con curiosità alle nuove regole concordatarie non può non restare colpito dagli ultimi commi aggiunti all'art. 161 l.fall.

Il fine dichiarato era quello di far penetrare nel nostro ordinamento un modello di procedimento concorsuale largamente ispirato al sistema nordamericano del tanto declamato Chapter 11, con l'effetto di aprire una fase di osservazione pre-procedura nella quale, però, un ruolo importante sarebbe assunto dal giudice. L'esperienza statunitense è, si dice, largamente positiva e ha consentito la risoluzione di gravissime crisi in tempi assai rapidi, almeno per alcune dinamiche introduttive. Pur consapevole della bontà del modello, a me pare che calato nella nostra esperienza i rischi di una strumentalizzazione siano troppo elevati e non davvero edulcorati dalle addende contenute nella legge di conversione.

Innanzitutto si può cogliere, anche, una lieve contraddizione perché nel momento in cui si impone al debitore di presentare un piano [la ricordata lett. e) del 2° comma dell'art. 161], poi di fatto ci si rimangia questa novità quando si stabilisce che il debitore può depositare un ricorso privo di proposta e di piano. Ma, trascurando questo strano effetto, a me pare che strida in modo non facilmente risolvibile il vuoto totale della domanda in bianco che ben può reggersi sulla sola richiesta di concordato, con i poteri che sono attribuiti al giudice sia a livello informativo, sia a livello prescrittivo con le autorizzazioni per gli atti di straordinaria amministrazione.

Così, da un lato si vuole agevolare il debitore anticipando l'effetto protettivo sul patrimonio ad un momento in cui piano e proposta non potrebbero ancora accompagnare il ricorso, ma dall'altro lato stabilendo che nelle more della presentazione del piano e della proposta, il debitore conserva (e giustamente visto che non si può parlare di spossessamento ma, a mio avviso, di formazione di un patrimonio segregato) la gestione dell'impresa, si attribuisce al tribunale il compito di autorizzare atti nella totale ignoranza di ciò che accadrà perché la domanda è, appunto, ... in bianco.

Pur quando si prevede che il giudice possa assumere informazioni prima di concedere o negare l'autorizzazione, v'è da chiedersi quale tipo di istruttoria

possa svolgersi se non si sa che cosa vuol fare il debitore. Mi domando come possa il giudice autorizzare la dismissione di un cespite, quello dove viene esercitata l'attività d'impresa, se non sa (e non può sapere) che modello di concordato verrà proposto, con o senza continuità aziendale. Ed allora, mentre l'attribuzione al giudice di poteri nella fase di limbo pare soluzione ampiamente convincente, assai meno persuasivo è che ciò si accompagni ad un ricorso privo di piano e proposta.

Non diversamente, v'è da interrogarsi sul possibile spettro degli obblighi informativi che il tribunale può imporre. Iniziamo col dire che questi obblighi informativi non sembrano “figli” della previsione dell'obbligatorio deposito dei bilanci dell'ultimo triennio che, al più, potrebbero servire per verificare che il soggetto richiedente non abbia i connotati di cui all'art. 1 l.fall. (ma anche in un caso di questo genere, bisogna usare un po' di fantasia per concludere nel senso che il tribunale possa sin da subito dichiarare il ricorso inammissibile).

Certo, ove si sapesse in quale direzione il debitore vuole andare, allora la prescrizione degli obblighi informativi sarebbe effettivamente utile e funzionerebbe da deterrente per domande “fasulle”, depositate al solo scopo di perseguire qualche altro obiettivo. Ma se veramente il ricorso nulla contemplasse, v'è da credere che le prescrizioni imposte dal giudice finiscano con l'assumere il tono di richieste stereotipate, proprio ciò di cui non v'è bisogno.

È però giusto assumere anche un atteggiamento costruttivo rispetto ad una norma che tanti plausi sembra ricevere. In tale contesto, ribadendo quanto già enunciato, è possibile esporre un catalogo di comportamenti virtuosi associati a questa nuova figura di pre-concordato:

i) è vero che il ricorso può non contenere nulla di più che l'indicazione del nome del debitore, dell'ufficio giudiziario cui ci si rivolge e della formale domanda di apertura della procedura di concordato, ma la prevista allegazione degli ultimi tre bilanci di esercizio e la richiesta di fissazione di un termine per il completamento della domanda, inducono a ritenere che ...

ii) il debitore deve immediatamente dar conto delle sue condizioni soggettive, sia quanto a dimensioni dell'impresa (in modo che siano superate le soglie dell'art. 1, 2° comma, l.fall.), sia quanto a natura dell'attività svolta;

iii) il debitore nel momento in cui chiede la fissazione di un termine che il giudice può concedere nella forbice fra 60 e 120 gg. deve motivare la sua richiesta e spiegare, dunque, perché è sufficiente il termine minimo o è necessario quello massimo; nel far ciò, forse, la domanda da bianca può sfumare in grigia e un piccolo risultato lo si può conseguire;

iv) il tribunale all'esito della richiesta, in presenza di giustificati motivi potrà concedere il termine massimo, mentre in mancanza di motivi o in presenza di motivi palesemente incongrui si limiterà a concedere il termine minimo e, in questo caso, la disposizione sarà quasi neutralizzata, posto che un termine di 60 gg. non è troppo distante da quello che il tribunale impiegava, il più delle volte, ad emettere il decreto ex art. 162 o ex art. 163 l.fall., con la differenza, in positivo, che può controllare la gestione del periodo pretendendo una seria informativa e può anche, negando l'autorizzazione, impedire il compimento di atti di straordinaria amministrazione che potrebbero apparire pregiudizievoli (anche se così si apre un capitolo delicato – già enunciato a proposito dell'art. 167 l.fall. - e cioè in che modo l'autorizzazione negata possa poi riflettersi sulla fattibilità del piano);

v) il debitore dopo il deposito del ricorso quando si rivolge al tribunale per chiedere di essere autorizzato al compimento di certi atti deve necessariamente motivare la richiesta e per motivarla deve fornire una sommaria indicazione del piano e della proposta, sì che la domanda da grigia sfumerà in un colore più denso,

vi) per la gestione ordinaria il debitore può liberamente orientarsi e tuttavia, ancorché gli atti compiuti dopo la pubblicazione del ricorso fruiscono di un doppio premio – la prededuzione e l'esenzione da revocatoria – va valutato se il regime della prededuzione sia assicurato, nei fatti, dalla mera pubblicazione del ricorso ovvero se non sia doveroso svolgere una qualche ulteriore verifica. Se la grundnorm in tema di prededuzione è ancora allocata nell'art. 111 l.fall., il regime preferenziale presuppone che il credito sia sorto in funzione o in occasione di una procedura concorsuale, ovvero che ciò sia previsto per legge. A prima lettura parrebbe che sia proprio quest'ultima la fattispecie che ricorre nell'art. 161 l.fall. e cioè che è stato il legislatore, una volta per tutte, a stabilire che i crediti che maturano durante il periodo di limbo godono del trattamento in prededuzione. Una disposizione così congegnata è tutt'altro che stravagante visto che assolve allo scopo di offrire un regime di sicurezza a coloro che contrattano col debitore e che non possono rischiare che il loro trattamento dipenda da un fatto estraneo al negozio e dipendente dalla sorte della domanda di concordato. Tuttavia ad una lettura più attenta che credo che il regime della prededuzione presupponga una doppia verifica: a) dovrà trattarsi di un credito sorto in base ad "atti legalmente compiuti", il che porta a concludere che il regime di protezione della prededuzione non scatterà ove si dimostri l'incoerenza dell'atto di gestione al piano o alla proposta, oppure il compimento di un atto che avrebbe dovuto essere autorizzato dal giudice, oppure che l'atto non sia

stato posto in essere proprio al solo ed esclusivo scopo di creare un regime di preferenza; b) dovrà trattarsi di un credito che essendo sorto prima dell'ammissione e dunque al di fuori di una procedura concorsuale, meriti il trattamento prededucibile in virtù di un nesso di funzionalità con la procedura. L'elemento di novità e di maggior garanzia per i terzi potrebbe essere costituito dal fatto che la prededuzione possa competere anche quando non vi sia stata l'ammissione al concordato.

vii) La domanda di concordato in bianco non è preclusa dalla pendenza di un procedimento pre-fallimentare (come sarebbe a me apparso preferibile per stimolare il debitore a rendere più rapida l'ostensione della crisi) anche se si assottigliano, ma non di molto, i termini per il completamento; è invece preclusa, in una sorta di penalizzazione da recidiva, quando già il debitore si era avvalso, senza successo, di una domanda in bianco nel biennio antecedente.

viii) Gli effetti protettivi della domanda in bianco si conservano se, poi, il concordato viene ammesso ma anche quando nel termine fissato dal giudice il debitore abbia presentato un accordo di ristrutturazione; è una opportuna misura conservativa che fa il paio con quella stabilità, a contrario, nell'art. 182 bis a proposito del pre-accordo.

ix) L'esito della domanda in bianco è, quindi, variopinto. Se alla domanda non segue, nel termine fissato dal giudice (o in quello prorogato dal giudice stesso, prima che scada il termine originariamente determinato e che non credo possa essere stabilito già a monte comprensivo della proroga) il deposito del piano o della proposta, il tribunale dichiara inammissibile la domanda e gli effetti protettivi anticipati vengono meno, a mio avviso con efficacia *ex tunc* (e, ad esempio, le ipoteche giudiziali iscritte nel trimestre anteriore sono destinate a rivivere), circostanza questa che non significa travolgimento di tutto quanto è stato compiuto dal momento che alcuni atti possono produrre effetti (cfr., gli atti legalmente compiuti nel periodo di limbo). Analoga dichiarazione di inammissibilità seguirà se, una volta depositati piano e proposta, il tribunale ritenga che non vi siano le condizioni per l'ammissione. Un'immediata dichiarazione di inammissibilità si impone, invece, sia quando la domanda è presentata dal debitore recidivo, sia quando il ricorrente non ha i requisiti di cui all'art. 1 l.fall.

7. Gli effetti protettivi dell'art. 168 l.fall.

Tre sono le novità che attengono agli effetti protettivi generati dall'art. 168 l.fall.

In primo luogo muta il dies a quo perché l'automatic stay decolla non più dal deposito del ricorso ma dalla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, ciò che per vero dovrebbe comunque accadere entro il giorno successivo. È una soluzione ragionevole in quanto un limite all'esercizio del diritto del creditore viene fatto dipendere da una notizia percepibile all'esterno.

In secondo luogo si esplicita che il divieto di iniziare o coltivare le azioni esecutive si estende alle azioni cautelari; si tratta di un chiarimento decisamente opportuno, anche se assai spesso già raccolto in chiave interpretativa, che va inteso nel senso che non solo le misure cautelari non possono essere eseguite, ma quando ci si riferisce al termine azioni cautelari credo si debba avere riguardo anche all'iniziativa e che pertanto il giudice della cautela debba arrestare il processo e non concedere la misura.

In terzo luogo, e qui sì la novità è davvero significativa, si sterilizzano, ai fini del concordato, le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, rispetto ai creditori anteriori al concordato. La ragione di un siffatto innesto deriva dall'esperienza e in particolare dalla circostanza che troppe volte le domande di concordato sono condizionate dal dover prevedere la soddisfazione integrale di creditori che hanno acquisito una posizione di privilegio nell'imminenza del concordato. Per disinnescare questi comportamenti opportunistici il debitore era costretto a dover paventare la vantaggiosità della soluzione fallimentare perché in quel contesto il curatore avrebbe avuto buon gioco ad ottenere la revoca dell'ipoteca ai sensi dell'art. 67, 1° comma, l.fall.

Che sia una misura opportuna vista dal lato dell'impresa concordataria non v'è dubbio e che sia conveniente, in via riflessa, per gli altri creditori, pure.

Ciò che avrebbe meritato migliore fortuna in questo vorticoso rinnovarsi di strumenti di composizione delle crisi, è la chiarezza a proposito del regime sanzionatorio che affligge le cause di prelazione non concordate.

Nell'art. 168 l.fall. si prevede la nullità delle azioni esecutive e cautelari posteriori alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese. Nulla si dice per le ipoteche giudiziali iscritte dopo il ricorso e prima del decreto, mentre quelle anteriori al decreto sono inefficaci se iscritte negli ultimi novanta giorni.

Nell'art. 182 bis l.fall. si stabilisce che sono vietate, a far data dalla pubblicazione dell'accordo, le azioni esecutive e cautelari ed anche le ipoteche giudiziali, ma non si descrive la sanzione per il caso dell'inosservanza.

Questi identici effetti si producono con la pubblicazione dell'istanza di sospensione che assiste il pre-accordo ma poi si dilatano col provvedimento "cautelare" del tribunale.

Infine, l'art. 10 l. 3/2012 pone la sanzione della nullità in caso di violazione del divieto di aggressione del patrimonio del debitore sovra indebitato con azioni esecutive, sequestri conservativi e cause di prelazione (evidentemente non concordate).

Ci troviamo, così, al cospetto di un labirinto normativo nel quale è davvero complicato destreggiarsi. Diverse sono le azioni colpite da divieto e diverse sono le sanzioni apprestate in caso di inosservanza del divieto.

A me parrebbe che una distinzione fra inefficacia e nullità non sia affatto eretica e che l'una debba assistere quei divieti che dipendono dall'automatic stay, mentre l'altra debba applicarsi le quante volte il divieto sia imposto dal giudice o consegua ad un provvedimento del giudice. L'inefficacia di una misura è temporanea e se poi non soccorre un provvedimento del giudice, viene meno con effetto retroattivo; viceversa la nullità comporta che l'atto posto in essere in violazione del divieto non possa rivivere in caso di mancato successivo provvedimento "confermativo" del giudice. Questa lettura di taglio sistematico mi pare possa essere proposta in chiave interpretativa ma sono ben consapevole che non è semplice superare la lettera della legge. La sua giustificazione è evidente: se il divieto è imposto dal giudice, un vaglio di serietà sulla domanda si è avuto ed allora il comportamento opportunistico del creditore va punito, ma se il divieto consegue ad un atto mero del debitore, non confermato da un provvedimento giudiziale successivo, non si possono penalizzare i creditori di fronte a condotte "emulative" del debitore.

8. La prima volta dei contratti pendenti nel concordato preventivo.

Da sempre abbiamo imparato che nel concordato preventivo mancava una disciplina dei contratti pendenti; pertanto in presenza di un contratto ineseguito, in tutto o in parte, da ambedue i contraenti si discuteva se si dovesse fare applicazione, in via analogica, del regime fallimentare (art. 72 ss. l.fall.), oppure se i contratti dovessero essere sempre eseguiti oppure,

infine, se la prosecuzione del contratto potesse essere vista come atto di straordinaria amministrazione tale da richiedere l'autorizzazione del giudice ai sensi dell'art. 167 l.fall.

La situazione si era in parte modificata, ma solo di riflesso, nel momento in cui nell'art. 169 l.fall. era stato, a mio modo di vedere improvvidamente (salvo non voler predicare la formazione di un patrimonio segregato, tesi che ho suggerito ma che è tutt'altro che condivisa), innestato il richiamo all'art. 45 l.fall., col risultato di rendere inopponibili al concordato determinati contratti non assistiti dalle giuste formalità richieste.

Dopo tante incertezze il legislatore scende in capo e detta una regola che seppure declinata in modo non del tutto condivisibile, mi sembra largamente persuasiva.

Per ben comprendere il significato dell'art. 169 bis l.fall., mi permetto di richiamare alcune considerazioni che ebbi a fare prima di questa modifica.

In linea di principio era condivisibile che i contratti proseguissero perché proseguiva l'attività d'impresa, ma il contratto pendente poteva rivelarsi un ostacolo al processo di ri-organizzazione dell'impresa stessa. Qui ci si trovava di fronte a tre interessi confliggenti, tali da meritare un'equa composizione: a) l'interesse del contraente in bonis alla regolare esecuzione del contratto; b) l'interesse dei creditori concorsuali a non subire i costi di prosecuzione del contratto; c) l'interesse dell'impresa concordataria a realizzare il piano senza il vincolo dei contratti pendenti.

Sul presupposto che il concordato non influenzasse la sorte del contratto pendente, se ne faceva necessariamente conseguire che i) il costo della prosecuzione gravava sulle risorse che sarebbero spettate ai creditori concorsuali (così concorrendo a ridurre la misura del loro soddisfacimento) e che ii) il debitore doveva predisporre un piano nel quale fare i conti con i costi dei contratti. Si trattava di conclusioni astrattamente accettabili perché applicavano al concordato il rigore delle regole dei contratti, ma si poteva dubitare che fossero giuste ed economicamente efficienti.

La prosecuzione del contratto pendente non poteva essere qualificato come atto eccedente l'ordinaria amministrazione perché si trattava di un comportamento da qualificare dovuto; il dubbio che si poteva alimentare era che lo fosse la mancata prosecuzione e quindi si sarebbe potuto immaginare che il debitore potesse chiedere al giudice delegato di essere autorizzato a non proseguire il contratto, sempre che si fosse trattato di una condotta prevista nel piano. In questo modo si superava l'obiezione relativa alla natura dell'atto, ma di fatto si ripristinava un sistema che consegnava al debitore una facoltà di scelta assai simile a quella che al curatore spetta ai sensi

dell'art. 72 l.fall. Così facendo, poiché l'autorizzazione a non proseguire il rapporto si sarebbe risolta in un'autorizzazione a non adempiere (non esistendo la figura negoziale dello scioglimento del contratto prevista solo nel fallimento), l'effetto che ne derivava sarebbe stato il sorgere di un credito del contraente in bonis al risarcimento del danno, visto che non si poteva applicare per analogia le disposizioni in tema di indennizzo (es. artt. 79 e 80 l.fall.). Il credito risarcitorio sorgendo in occasione della procedura di concordato avrebbe assunto il rango prededucibile. Questa soluzione, ove praticabile, presentava il vantaggio di assicurare all'imprenditore una certa libertà d'azione per il futuro, ma produceva anche un effetto sfavorevole dato dall'insorgenza di un credito prededucibile che elevava i costi del concordato. Sicuramente ne venivano, quindi, ad essere pregiudicati i creditori concorsuali. Si trattava di una soluzione problematica ed economicamente inefficiente.

Da tale conclusione ero partito per assumere che la ricerca di una soluzione più soddisfacente doveva iniziare prendendo in esame le ragioni del trattamento dei rapporti pendenti nel fallimento dove se il curatore opta per lo scioglimento del contratto, i crediti residui del contraente in bonis vengono ad assumere la natura di crediti concorsuali. Il contraente viene coinvolto nel dissesto e trattato come gli altri creditori.

Se nel fallimento, in caso di scioglimento del contratto, il contraente in bonis viene trattato come un creditore concorsuale ma senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno perché il fallimento non può essere equiparato ad un inadempimento, si poteva immaginare che il debitore, non potendo fare affidamento su una norma protettiva quale è quella dell'art. 72 l.fall., dovesse dichiarare nel piano quali fossero i contratti che non intendeva proseguire, così manifestando la volontà di non adempiere. L'inadempimento si realizzava prima dell'apertura del concordato e avrebbe generato un credito risarcitorio sicuramente concorsuale e tale da essere soddisfatto nella misura concordataria. In questo modo si raggiungeva un punto di equilibrio fra gli interessi di tutti coloro che sono coinvolti: il debitore poteva riorganizzare l'impresa trascinandosi dietro solo i contratti utili, il contraente in bonis si vedeva riconosciuto il risarcimento del danno (più di quanto gli sarebbe stato dovuto col fallimento) e i creditori concorsuali non avrebbero sopportato i costi prededucibili della prosecuzione del contratto o dell'inadempimento post-concordatario.

Quella soluzione che avevo proposto in via interpretativa è alla radice del nuovo diritto positivo oggetto dell'art. 169 bis l.fall.

Il debitore, infatti, nel ricorso (e qui si pone il dubbio se ciò valga anche nel caso della domanda in bianco, ma direi che la risposta affermativa è

preferibile) può chiedere che il tribunale (nella fase di limbo) o il giudice delegato (dopo l'ammissione al concordato) lo autorizzino a sciogliersi da uno o più contratti pendenti (o, preliminarmente a sospenderne provvisoriamente l'esecuzione per un periodo di non più di 60 gg. prorogabili). In caso di difetto di autorizzazione si potrà porre un problema di fattibilità del piano; viceversa in caso di autorizzazione allo scioglimento, una sorta di recesso non contrattualmente previsto, il contraente in bonis subisce una concorsualizzazione della sua pretesa creditoria, pretesa che peraltro da un punto di vista quantitativo dovrebbe essere competitiva rispetto all'alternativa fallimentare.

La disposizione è scritta in modo un po' tortuoso ma esprime una soluzione a mio avviso ampiamente condivisibile e credo certamente utile ai fini della buona riuscita del concordato.

Sono poste alcune eccezioni che concernono i contratti di lavoro, i contratti preliminari, i finanziamenti destinati e il contratto di locazione ove il debitore concordatario sia il locatore.

9. Approvazione, voto dei creditori e ... fattibilità.

Di grande impatto sistematico sono le novità in tema di approvazione del concordato; approvazione che può essere, poi, declinata sotto diversi punti di vista.

Il fattore innovativo che più risalta è quello che trasforma la manifestazione di "voto aperto" – assenso/dissenso – in "voto chiuso" sul modello del concordato fallimentare, ma solo in seconda battuta.

In primo luogo viene, a mio avviso, valorizzata, come è giusto che sia, l'adunanza quale luogo nel quale i creditori dovrebbero dibattere in contraddittorio col debitore e col commissario giudiziale; la valorizzazione dell'adunanza la si desume da due elementi: in primo luogo il rinvio dell'adunanza deve essere comunicato a tutti i creditori e, in secondo luogo, i creditori in adunanza possono esprimere il loro voto favorevole e contrario.

Quando all'esito della votazione la maggioranza (o le maggioranze in caso di formazione delle classi) non si è formata, viene redatto un verbale nel quale vanno menzionati anche i creditori che non hanno partecipato alla votazione. Ebbene, questi creditori sono onerati dal dover esprimere il voto nei successivi venti giorni qualora ritengano di dover esprimere un voto

negativo; altrimenti, in caso di mancata espressione del voto si intenderanno favorevoli.

Il sistema così delineato è misto in quanto in una prima fase si apre il voto per tutti allo scopo di conseguire una maggioranza che si sia espressa col voto favorevole esplicito, mentre se al termine della prima fase la maggioranza non si è formata ecco che entrano in gioco i creditori apatici che da creditori tendenzialmente ostili al concordato (in quanto non partecipando al voto non concorrono a formare la maggioranza) vengono ora irreggimentati nelle truppe dei creditori favorevoli ove non intendano mettere da parte la loro apatia ed esprimere formalmente un voto negativo.

La disciplina del voto subisce un ulteriore non trascurabile mutamento. In un novellato art. 179 l.fall. si prevede che qualora dopo la votazione intervengano cambiamenti in ordine alle condizioni di fattibilità del piano, il commissario ne deve informare i creditori. A questo punto i creditori se ritengono che il loro voto fosse stato decisamente orientato dalla fattibilità del piano (sia quando le condizioni migliorino che quando peggiorino), possono costituirsi nel giudizio di omologazione e in questa sede modificare il voto, così imponendo al tribunale un nuovo controllo sulla formazione delle maggioranze.

È questa una soluzione, a mio modo di vedere, molto coraggiosa che avevo in un certo qual senso anticipato in via interpretativa, tuttavia sulla base di un percorso argomentativo denso di asperità. Ora, invece, è il diritto positivo che ci dice che il voto si fonda, in sostanza, su una sorta di presupposizione, sì che venuta meno questa, è giusto che il voto possa essere modificato. Questa soluzione non deve portare a concludere che il voto è modificabile o revocabile, ma molto più semplicemente che il voto è dichiarato *rebus sic stantibus*.

Nel momento in cui questa prima lettura viene enunciata, siamo tutti in attesa del pronunciamento delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione sul contrasto di giurisprudenza formatosi in seno alla Prima Sezione in ordine al fatto che il sindacato del giudice possa estendersi sino a valutare anche la fattibilità del piano concordatario.

Credo sia abbastanza noto che ho sempre predicato che la valutazione sulla fattibilità competa in via esclusiva ai creditori nella fase di omologazione, a prescindere dalla presenza di opposizioni. L'innesto del 2° comma nell'art. 179 l.fall. mi pare segni, definitivamente, per il futuro che solo i creditori, modificando il voto, possono incidere indirettamente sull'esito del giudizio di omologazione. E d'altra parte non si vede perché mai, se i creditori non si

lamentano del peggioramento delle condizioni di fattibilità, debba essere il tribunale a negare l'omologazione.

È probabile che questa modifica non incida sull'interpretazione passata, ma certamente è importante che in un assetto a regime (che non può che essere da tutti auspicato) si chiarisca che il giudizio di fattibilità è monopolio dei creditori; tutto ciò si potrebbe tradurre, retrospettivamente, nello stabilire che anche in sede di ammissione e di revoca ex art. 173 l.fall., il tribunale non possa negare il concordato per questioni di fattibilità, salvo che queste non si riflettano sull'inadeguatezza dell'attestazione.

10. Ampliamento del giudizio sulla convenienza.

Il giudizio di convenienza sulla preferibilità – nell'interesse dei creditori – della soluzione concordataria rispetto a quella fallimentare è frutto di una prognosi assai aleatoria ed in questo senso è corretto che siano i creditori a scegliere. Tuttavia poiché il concordato è approvato a maggioranza è giusto che i creditori dissenzienti possano in qualche modo far valere la loro voce dissonante.

Il legislatore del 2005 aveva optato per un linea rigida stabilendo che il giudizio di convenienza potesse essere attivato solo ad iniziativa di creditori appartenenti a classi dissenzienti. Questo limite aveva costituito la molla per esaltare la tematica del conflitto di interessi e per cercare di valorizzare la necessità per il debitore di formare le classi in funzione di rendere più facilmente accessibile il giudizio di convenienza.

Proprio per la rigidità del sistema, dalla dottrina si erano sollevate voci che avevano esaltato i diritti individuali del creditore e si era, dunque, prospettato che anche il creditore opponente, senza formazione di classi, potesse chiedere il giudizio di convenienza. Si trattava di una questione di massima importanza e, proprio per questo, un solerte giudice di merito aveva domandato l'intervento del giudice delle leggi. Dichiarato inammissibile l'accesso costituzionale, il problema era esploso in tutta la sua delicatezza ed ora l'addenda all'art. 180 l.fall., là dove si stabilisce che il giudizio di convenienza può essere chiesto anche da una minoranza qualificata dei creditori (pari almeno al venti per cento), a me pare un più che onorevole compromesso, forse però un poco meno efficiente rispetto a quanto si era pensato all'inizio, se si riflette sulla coeva formazione del consenso tacito.

11. Il concordato con continuità aziendale.

Per un lungo periodo successivo al 2005, gli operatori della materia concorsuale hanno faticato a districarsi dagli stereotipi del passato, sì che per alcuni anni nella maggior parte dei casi i concordati nuovi sono stati presentati secondo la vecchia formula della cessione dei beni.

Solo dopo qualche tempo alcuni studiosi più avvertiti hanno rilevato che venuta meno ogni forma preconfezionata di modello concordatario, potevano anche essere rispolverate passate esperienze che non avevano avuto successo (il c.d. concordato con garanzia impropria sul patrimonio dello stesso debitore), ma che ora potevano essere riproposte alla luce della nuova normativa.

Si è quindi fatta avanti, non in modo prepotente ma con una inesorabile progressione, l'idea che il concordato potesse essere gestito mantenendo l'impresa in capo all'imprenditore ma in un mutato contesto. Si sono così articolati diversi moduli concordatari, tutti avvinti dal medesimo bisogno di valorizzare la continuità aziendale, ma declinati in modo assai diverso: gli uni pensati per separare l'imprenditore dall'impresa e convogliare l'impresa in esercizio in altre mani, gli altri pensati, all'opposto, per conservare il valore dell'impresa e risanarla con sacrificio collettivo dei creditori, da supportare con dismissioni di beni non strategici e con i flussi di cassa positivi. Due moduli opposti ma entrambi, come detto, fondati sul credo della continuità aziendale. Una continuità aziendale tante volte quasi necessitata in presenza di valori immateriali destinati a divenire evanescenti se non conservati in capo alla medesima entità.

Le norme, però, specie quelle di contorno, sembravano non bene armonizzarsi con questo modello ed i problemi che sorgevano nella pratica erano molteplici e affrontabili, spesso, con soluzioni "border line".

Per le società di capitali un problema nevralgico era rappresentato dalle disposizioni civilistiche in tema di conservazione del capitale sociale.

Per le imprese destinate ad operare con la pubblica amministrazione o comunque in contesti di gare ad evidenza pubblica, il rischio era quello della perdita del contratto.

Per tutte le imprese che volessero proseguire l'attività un nodo centrale era costituito dalla difficoltà di assicurare ai creditori strategici la possibilità di riscuotere i crediti pregressi.

La gran parte di queste problematiche trova un primo assetto dislocato negli artt. 182 quinquies, 182 sexies e 186 bis l.fall.

Procediamo con ordine ed evidenziamo innanzi tutto che la nozione di continuità aziendale utilizzata dal legislatore è spuria in quanto sono accomunate al medesimo destino sia quelle imprese in cui l'azienda in esercizio viene trasferita (o conferita) a terzi sia quelle in cui l'attività d'impresa resta in capo al medesimo imprenditore (non importa, qui, se affiancato da nuovi investitori). Molte regole sono comuni ma, ovviamente, non tutte perché la sospensione delle disposizioni sulla conservazione del capitale sociale non rileva quando l'azienda viene trasferita a terzi.

In sintesi, i vantaggi competitivi che un concordato con continuità può presentare (in concorrenza con gli accordi di ristrutturazione pure per i quali le disposizioni sono applicabili), sono i seguenti:

a) tutte le regole societarie in tema di conservazione del capitale sociale sono sospese sino all'omologazione; specificatamente non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482 bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482 ter c.c.. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545 duodecies c.c. Resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di cui al primo comma, l'applicazione dell'articolo 2486 c.c. Questo significa che la continuità aziendale non rende necessario un processo immediato di ricapitalizzazione che però è soltanto rimandato all'omologazione, quando però la falcidia concordataria ben può risultare un effetto determinante per il riequilibrio del patrimonio.

b) non sono efficaci e non possono essere opposte le clausole contrattuali che prevedano che l'ammissione di un contraente al concordato preventivo comporti la perdita dell'affare, anche in relazione a contratti pubblici;

c) non sono efficaci i limiti posti alla partecipazione a gare pubbliche per le imprese in concordato e in continuità quando vi sia una garanzia duplice costituita dall'attestazione di un esperto e dalla condivisione dell'operazione da parte di altro imprenditore titolato.

d) il debitore può chiedere di essere autorizzato, sia nel fase di limbo che durante la procedura, a procedere al pagamento di creditori concorsuali, quando ciò sia conforme al miglior interesse di tutti gli altri creditori e purché ciò risulti da un'attestazione, salvo che per questi pagamenti non sia possibile fare ricorso a risorse finanziarie esterne o devolute al concordato ma in regime di postergazione.

Come si può immaginare i riflessi di tale nuova disciplina sono davvero variegati e ciascuno di essi meriterebbe un'ampia disamina. In questa sede mi pongo un interrogativo strettamente concorsuale, nel senso che la richiesta

di autorizzazione al pagamento di crediti concorsuali mi pare debba avvenire in perfetta coerenza col piano e con la proposta, il che porta ad affermare che se ciò accade nel contesto di una domanda in bianco, sarà necessario che la domanda di concordato venga adeguatamente ... “colorata”. Ciò posto si pone il dubbio in che misura questi creditori strategici debbano essere remunerati e la risposta più tranquillante dovrebbe essere nel senso che dipende dalla proposta. Se per questi creditori è stata creata legittimamente una proposta che ne preveda il soddisfacimento integrale (con la formazione di apposita classe), il pagamento autorizzato potrà essere integrale, ma così non dovrà essere se la proposta prevede un pagamento parziale. Tutto ciò sempre che si pronostichi che questa preferenza sia funzionale al miglior perseguimento dell’interesse dell’intero ceto creditorio, vaticinio certo di non agevole confezionamento.

Nelle ipotesi di cui alle lett. a-d, le norme vengono incontro a bisogni tipici dei concordati in continuità. Tuttavia l’art. 186 bis l.fall. disegna anche cosa deve comporre necessariamente il piano e cosa lo può facoltativamente comporre.

In primo luogo il debitore deve depositare un progetto imprenditoriale cui si coniughi un preciso piano finanziario delle risorse necessarie.

In secondo luogo la soluzione della continuità aziendale deve essere certificata dal professionista attestatore come una soluzione funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori; quindi non solo una soluzione pareggiabile con altre, ma la migliore possibile.

La proposta di concordato con continuità può prevedere la cessione di cespiti ed è naturale che così sia per acquisire risorse utili sia per finanziare l’impresa sia per soddisfare i creditori concorsuali. Tuttavia la proposta può prevedere che i creditori muniti di prelazione sui cespiti oggetto di dismissione possano essere soddisfatti dopo una moratoria annuale nel senso che ove sia prevista una liquidazione non immediata è consentito al debitore di soddisfare i creditori prelatizi a far data da un anno dopo l’omologazione; questo ritardo nel pagamento non genera il diritto di voto per i creditori.

La disposizione oltre che essere utile perché consente al debitore di non dover liquidare affrettatamente i propri beni, risalta in quanto contiene una regola destinata a dover essere riesaminata in tutti i modelli di concordato. Dire che in questo caso i creditori privilegiati non votano, può voler dire alternativamente, più cose: i) può voler dire che queste sono le uniche ipotesi in cui è consentito non pagare subito i creditori privilegiati; ii) può voler dire che i creditori privilegiati possono essere pagati nel corso del tempo e che allora votano solo se il pagamento è previsto oltre l’anno; iii) ma può voler

dire, ed è a questa soluzione cui si dovrebbe giungere per coerenza, che i creditori privilegiati debbono essere pagati subito, e non maturano diritto di voto, quando la liquidazione concordataria è temporalmente comparabile con la liquidazione fallimentare, talché non vantano un interesse all'una soluzione rispetto all'altra, mentre quando si assiste ad un disallineamento, allora il voto va riconosciuto.

12. I finanziamenti.

Il regime dei finanziamenti alle imprese in crisi è nuovamente oggetto di intervento con una progressione di norme che appaiono fra loro assai aggrovigliate. Proviamo, allora, a sbrogliare la matassa.

i) Le imprese in crisi possono stipulare contratti di finanziamento con chiunque (venuta meno la riserva per gli operatori finanziari istituzionali) prima dell'ingresso in procedura, o meglio, prima della pubblicazione della domanda di concordato o dell'accordo di ristrutturazione. In questo caso il credito da rimborso del finanziamento gode del trattamento – parificato a quello - prededucibile quando la funzionalità del finanziamento, dichiarata dal debitore nel piano o nell'accordo, è enunciata nel decreto di ammissione al concordato, ovvero quando l'accordo di cui all'art. 182 bis è omologato. Il finanziamento c.d. ponte può essere erogato anche dai soci, ma per loro il vantaggio della prededucazione resta limitato all'80% di quanto erogato (art. 182 quater).

ii) Le imprese in crisi possono stipulare contratti di finanziamento con chiunque in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione. In questo caso il credito da rimborso del finanziamento gode del trattamento prededucibile (art. 182 quater).

iii) Le imprese in crisi possono chiedere al tribunale di essere autorizzate a stipulare contratti di finanziamento con chiunque, dopo la pubblicazione della domanda di concordato preventivo e prima del decreto di ammissione, purché vi sia una attestazione che verifichi che il finanziamento è volto al miglior soddisfacimento dei creditori e che indichi il complessivo fabbisogno finanziario sino all'omologazione, sempre che il tribunale valuti la coerenza del finanziamento, disponendo, se del caso, sommarie informazioni. In questo caso il credito da rimborso del finanziamento gode del trattamento prededucibile. Il tribunale può anche autorizzare il debitore a prestare pegno o ipoteca a garanzia del finanziamento (art. 182 quinquies).

iv) Le imprese in crisi possono chiedere al giudice delegato di essere autorizzate a stipulare contratti di finanziamento con chiunque, dopo il decreto di ammissione. In questo caso il credito da rimborso del finanziamento gode del trattamento prededucibile ai sensi dell'art. 111 l.fall. (art. 167).

Come è agevole intuire molte sono le ipotesi e ad esse non corrispondono identiche discipline. Tuttavia per le imprese che vogliono continuare l'attività è imprescindibile che possano accedere al mercato del credito e se questo mercato è adeguatamente garantito v'è da sperare che la ritrosia degli Istituti di credito possa, un poco, attutirsi. Ciò che conta è il fatto che tutto avvenga in un regime di massima trasparenza in modo che i creditori meno garantiti possano fare le loro valutazioni.

13. Miscellanea.

Vi sono altre disposizioni sulle quali meriterebbe indugiare a partire dalle novità fiscali.

Tuttavia qui mi preme prendere posizione su una questione che nei forum degli operatori ha già suscitato curiosità mista a preoccupazione.

Dall'art. 182 quater l.fall. è scomparsa la previsione della prededucibilità del compenso del professionista attestatore. Orbene, va subito chiarito che la soppressione del comma va salutata con favore in quanto la norma era stata piegata ad una, a mio avviso, ingiustificata interpretazione restrittiva rispetto all'art. 111 l.fall., per non parlare dell'inconsulta previsione di una valutazione preliminare del tribunale, dell'impugnabilità del provvedimento di negazione della prededucazione e via dicendo.

Ora si ritorna alla regola madre e cioè all'art. 111 l.fall., sì che il credito sarà prededucibile quando funzionale alla procedura, ma lo sarà quello di tutti coloro che hanno concorso alla presentazione della domanda e quindi a professionisti (anche) diversi dall'attestatore. Nella furia di eliminare una cattiva regola ci si è scordati che se si condivide la tesi che gli accordi di ristrutturazione non sono una procedura concorsuale, per essi non può valere la regola generale dell'art.111 l.fall., e quindi il professionista che ha attestato un accordo di ristrutturazione che poi tracima in fallimento, non potrà in questo far valere il suo titolo preferenziale ma solo privilegiato, col risultato che qualche sospetto di incostituzionalità qualcuno potrebbe adombrarlo.

Una disposizione che ha fatto abbastanza scalpore e che è stata persino irrisa è quella di natura transitoria. Il prevedere l'entrata in vigore dell'art. 33 alle procedure introdotte dopo trenta giorni dalla legge di conversione è apparso, ai più, una palese contraddizione col metodo della decretazione d'urgenza, quasi una confessione dell'insussistenza del presupposto del decreto-legge.

Ebbene, senza entrare nel merito della censura sul piano costituzionale di un siffatto modo di procedere, uno "svarione" (per chi crede che di questo si tratti) così eclatante è stato un vero miracolo, perché, diversamente, sarebbe successo il pandemonio sul piano del diritto transitorio viste le imponenti modifiche apportate in sede di conversione.

14. Conclusioni.

Come ho già enunciato nel testo i pregi funzionali della riforma sembrano prevalere sulle oscurità, mentre più di qualche censura meriterebbe il metodo e soprattutto la rinuncia ad una revisione sistemica.

Occorre, ora, attendere le prime esperienze e auspicare una intensificazione di un proficuo dialogo fra magistratura e professionisti che assistono i debitori in crisi.

Nella consapevolezza dell'insufficienza delle riflessioni che precedono, confido, però, che si apra un dibattito lineare, scevro da ideologismi e utile per chi alla scadenza del trentesimo giorno (e non un solo giorno prima) dalla pubblicazione in gazzetta ufficiale della legge di conversione vorrà subito cimentarsi, soprattutto, col nuovo concordato.