

LE SOLUZIONI CONCORDATE DELLA CRISI

di Maria Rosaria Grossi – Giudice Delegato presso il Tribunale Fallimentare di Milano

Gli interventi recenti sulla legge fallimentare dimostrano la volontà del legislatore di favorire soluzioni concordate della crisi, alternative al fallimento, rimesse all'accordo tra le parti, sul modello di legislazioni straniere, cui le riforme si sono largamente ispirate. E' così definitivamente superato il principio ispiratore della legislazione concorsuale, che voleva l'eliminazione dal mercato dell'imprenditore insolvente e la liquidazione dei suoi beni per soddisfare i creditori. Lo scopo è, ora, quello di salvare il nucleo sano dell'impresa e di restituirla al mercato libera dai suoi debiti.

Peraltro, i protagonisti della crisi, debitore e creditori, hanno spesso tentato, anche prima della riforma, di evitare il ricorso ad una procedura concorsuale, attraverso una soluzione convenzionale, soprattutto con gli istituti di credito, i soggetti più impegnati (ed esposti) nelle vicende imprenditoriali. E' forse superfluo sottolineare che, in un contesto economico molto mutato rispetto a quello del 1942, le procedure concorsuali tradizionali si erano rivelate molto rigide, lente ed inutilmente costose in relazione a modestissimi risultati prodotti sul piano del recupero. Perciò le banche italiane, fin dai primi anni '90 iniziarono a percorrere, nella gestione del fenomeno insolvenza vie negoziali alternative, sul modello di legislazioni straniere ed in particolare del London Approach, che nasce proprio in quell'epoca con l'accordo della Bank of England. Si tratta di una sorta di codice di comportamento accettato da tutto il sistema bancario che stabilisce alcune linee guida in materia di operazioni di turn around. Tra queste, il principio che la continuazione dell'attività di impresa va supportata solo quando si ritiene che il valore dell'impresa all'esito del risanamento sia superiore a quello ricavabile dalla liquidazione. Poi, l'impegno delle banche a mantenere le linee di credito per tutto il tempo necessario alla predisposizione del piano e l'impegno a ricercare una posizione comune sulla valutazione del piano e sull'erogazione della nuova finanza, scambiandosi le informazioni disponibili e riconoscendo il principio che eventuali sacrifici economici devono essere ripartiti secondo il criterio della proporzionalità. Si tratta di regole che di fatto sono accettate e praticate anche dal nostro sistema bancario, ma che sino a poco tempo fa erano abbastanza lontane dal modo di pensare del sistema bancario italiano, nel quale avveniva spesso che la notizia di un segnale di crisi scatenasse la corsa al decreto ingiuntivo. Solo nel 2000 le

banche italiane hanno aderito al “codice di comportamento per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare la crisi d’impresa”, proposto dall’ABI ed ispirato al London Approach, proprio per indurre nel sistema creditizio un mutamento di mentalità e favorire il ricorso agli accordi stragiudiziali. Era, ed è ora, molto frequente il caso in cui l’imprenditore in crisi raggiunga con il ceto bancario un accordo che gli consenta di continuare a fruire del credito necessario alla prosecuzione dell’attività e di predisporre quindi un piano dei pagamenti rinegoziando con i creditori i termini ed i tempi dei pagamenti stessi. Peraltro, senza la partecipazione delle banche ai piani di risanamento il superamento della crisi da parte dell’impresa diventa difficilmente prospettabile. Ma la condizione irrinunciabile perché gli istituti di credito partecipino a piani di turn around è che si tratti di imprese che possano avere ancora una prospettiva di continuità, ossia che il progetto, il piano, faccia ritenere credibile il recupero della capacità di stare sul mercato e produrre utili.

Spesso, peraltro, le banche si sono fatte protagoniste del piano acquisendo partecipazioni nelle società in crisi attraverso la trasformazione dei loro crediti in capitale di rischio, per condividere con l’imprenditore le scelte fondamentali per la soluzione della crisi. Il fenomeno ha assunto un tale rilievo che – da tempo – è intervenuta la Banca d’Italia con le istruzioni 23 giugno 1993 per disciplinare l’assunzione di partecipazioni di questo tipo, soprattutto fissandone i limiti e sottoponendo il piano alla verifica della stessa banca d’Italia.

Le soluzioni stragiudiziali della crisi presentano, ovviamente, una serie di punti critici: in primo luogo, l’esposizione del patrimonio dell’imprenditore alle azioni esecutive individuali durante tutto il periodo necessario all’attuazione del piano, poi, nel caso in cui il piano fallisca e venga dichiarato il fallimento, la revocabilità di tutti gli atti e di tutti i pagamenti eseguiti e delle garanzie concesse nella piena consapevolezza da parte dei creditori dello stato di crisi, la non prededucibilità del credito concesso, normalmente dalle banche, per l’attuazione del piano (la c. d. nuova finanza), la responsabilità penale di tutti i soggetti concorrenti per gli atti di disposizione patrimoniale compiuti in piena crisi per bancarotta preferenziale (verosimilmente quando anche il capitale sociale era andato completamente perduto), ed anche la responsabilità civile delle banche per concessione abusiva del credito.

Il legislatore della riforma è intervenuto per dare una risposta a questi punti critici, prevedendo diversi strumenti di soluzione concordata che evitano questi rischi.

Non tutti gli strumenti presentano una protezione di uguale intensità e si nota che quanto minore è il ruolo di controllo e di vigilanza attribuito all'autorità giudiziaria tanto minore è il grado di protezione attribuito a ciascuna figura. Vedremo, analizzandoli partitamente, quale sia il grado di "sicurezza" che ognuna di esse presenta.

Come dice un autorevole Autore, il prof. Presti, l'offerta apprestata dal legislatore è varia, come varia è la gamma di prodotti offerti da un supermercato e ciascun imprenditore, entrando nel supermercato delle soluzioni concordate, sceglierà il mezzo più adatto alla sua situazione, soprattutto in relazione alla composizione del ceto creditorio e della sua propensione a sostenerlo nel risanamento.

Tre sono i nuovi strumenti approntati dal nuovo legislatore, i piani di risanamento attestati, il "nuovo" concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Il presupposto oggettivo dei tre strumenti è la crisi dell'impresa, che, in via di principio, ricomprende sia la vera e propria insolvenza, irreversibile, sia la temporanea difficoltà ad adempiere, che può essere reversibile. Essa si manifesta attraverso una serie graduata di sintomi che vanno dalla difficoltà temporanea alla mancanza di liquidità, all'insolvenza reversibile (crisi finanziaria, ma non crisi industriale), fino all'insolvenza vera e propria (crisi finanziaria e produttiva dell'impresa).

Il presupposto soggettivo è invece la qualità di imprenditore commerciale non piccolo e non agrario. Per questi imprenditori, infatti, è stato mantenuto questo privilegio, perché ormai le imprese agrarie hanno assunto strutture e dimensioni tali da non giustificare più l'esenzione.

Il nuovo concordato preventivo

E' la figura più tradizionale di procedura alternativa al fallimento. E non v'è dubbio che i rilevanti elementi di novità introdotti dalla riforma alla sua disciplina, realizzata in un primo tempo con il decreto legge n. 35/05 e completata con il decreto legislativo n. 169/07, integri una delle parti più rilevanti ed interessanti della complessiva rivisitazione del sistema normativo delle procedure concorsuali.

L'istituto è stato cambiato nei suoi aspetti più essenziali ed è l'espressione dell'esaltazione dell'autonomia privata. Uno dei principi ispiratori della riforma, infatti, è il ridimensionamento dell'intervento giurisdizionale ed il rilievo attribuito alla contrattazione fra debitore e creditori, ritenuto dal legislatore il mezzo migliore per superare la crisi di impresa.

Vediamo come è cambiato il concordato preventivo.

Nel vigore della passata disciplina, il concordato preventivo era una procedura concorsuale che consentiva di evitare il fallimento all'imprenditore insolvente, che avesse determinati requisiti "etici", definiti dalla dottrina "meritevolezza" (ossia che fosse regolarmente iscritto nel registro delle imprese, che avesse tenuto regolarmente la contabilità, che non fosse stato dichiarato fallito o ammesso al concordato preventivo nei cinque anni precedenti, che non fosse stato condannato per reati di bancarotta o per altri reati contro il patrimonio, la fede pubblica, l'industria o il commercio) mediante una proposta di soddisfacimento integrale dei creditori privilegiati e di una percentuale predeterminata, non inferiore al quaranta per cento, dell'ammontare dei debiti verso il ceto creditorio chirografario e nel rispetto del principio della *par condicio creditorum*.

Oggi l'istituto ha una più ampia funzione, che è quella di consentire all'imprenditore insolvente, ed anche a quello che sia semplicemente in difficoltà finanziaria, di proporre ai creditori, oltre ad un soddisfacimento conveniente della situazione debitoria attraverso la mera liquidazione degli assets aziendali, anche una sistemazione della posizione debitoria tale da favorire la conservazione dell'attività d'impresa e di consentirne la ripartenza, il fresh start.

Tale obiettivo è realizzabile non soltanto attraverso il mutamento del soggetto preposto alla gestione dell'azienda, sulla base dell'assunto che un capitale investito che non è stato remunerato a condizioni di mercato cambiando gestore può riprendere attitudine alla remuneratività, ma anche attraverso la ricerca ed il raggiungimento, da parte dello stesso soggetto in crisi, di un nuovo equilibrio economico-finanziario dell'impresa. Quindi non più risultati minimi garantiti, non più strutture rigide (cessione dei beni o garanzia dei pagamenti), ma assoluta libertà di modulare l'offerta con ricorso agli strumenti più vari e di stabilire il livello di soddisfacimento offerto ai creditori.

Lo stesso principio della *par condicio creditorum*, se non completamente espunto, subisce senz'altro una decisa attenuazione, per effetto dell'introduzione dell'istituto della suddivisione in classi dei creditori e dalla estensione della possibilità di dividere in gruppi omogenei anche i creditori privilegiati.

Da sempre l'istituto viene definito "beneficio", per gli effetti favorevoli assicurati all'imprenditore-debitore che abbia i requisiti, quello soggettivo e quello oggettivo, di ammissibilità al concordato. I cardini su cui poggia tale regime di favore sono l'effetto protettivo e quello esdebitativo, accompagnati dal mantenimento, da parte del debitore,

della disponibilità del patrimonio e dell'amministrazione dell'impresa durante tutte le fasi della procedura.

L'effetto protettivo si realizza con la previsione secondo cui dal momento del deposito del ricorso diretto ad ottenere l'ammissione al concordato non sono più proponibili, da parte dei creditori, ricorsi diretti ad ottenere misure cautelari sul patrimonio del debitore, né azioni esecutive individuali nei suoi confronti. Ecco quindi superato il primo rischio cui sono esposti i piani stragiudiziali.

L'effetto esdebitativo comporta che il buon esito della procedura, cioè l'omologazione giudiziale del concordato, produce la liberazione del debitore dai debiti residui ed esclude la possibilità, per i creditori con titolo anteriore all'apertura della procedura, di agire per il recupero della quota del loro credito rimasta non soddisfatta in base al proposta concordataria omologata, salvo il caso in cui il concordato venga risolto od annullato.

La disponibilità del patrimonio e l'amministrazione dell'impresa sono soggette al potere di controllo del commissario giudiziale, mentre è venuto meno, a seguito della riforma di tutto il sistema delle procedure concorsuali, il potere direttivo del giudice delegato anche se, in contraddizione con la riduzione dell'area dell'intervento giurisdizionale, è stata mantenuta la necessità, per l'imprenditore in concordato, di porre in essere gli atti di straordinaria amministrazione opponibili alla massa dei creditori concorsuali soltanto previa autorizzazione del giudice delegato (art. 167, 2° comma, L. fall.).

A questi effetti favorevoli per il buon esito del piano di ristrutturazione si accompagnano l'esenzione dalla revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie concesse in esecuzione del concordato omologato (art. 67, terzo comma, lett. e) e dei pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione dei servizi strumentali all'accesso alla procedura (art. 67, terzo comma, lett. g), nonché la prededucibilità dei crediti sorti in occasione o in funzione della procedura stessa (art. 111, secondo comma). Anche questi due punti deboli dei piani stragiudiziali sono superati dal nuovo concordato preventivo. Quindi, può dirsi che la procedura risponda in misura più che soddisfacente a tutti i rischi propri dei piani stragiudiziali.

Gli effetti complessivi delle modifiche introdotte dalla nuova disciplina si riverberano decisamente sulla natura giuridica dell'istituto.

Da sempre si discute se il concordato sia un contratto tra il debitore e la massa dei creditori (teoria contrattualistica, o privatistica) o un procedimento diretto a consentire la sistemazione dell'esposizione debitoria mediante il controllo esercitato dall'autorità giurisdizionale (teoria processualistica, o pubblicistica). Oggi è senz'altro possibile aderire

alla tesi che considera il concordato preventivo un contratto tra debitore e creditori, a causa della significativa riduzione dei poteri di intervento del tribunale, e quindi dell'aspetto pubblicistico, e dell'espresso richiamo che la normativa opera ai principi civilistici dettati nella materia delle obbligazioni da contratto (ad esempio, ai principi in tema di risoluzione contrattuale dall'art. 186 l. fall., come riformulato dal decreto legislativo n. 169/07).

II. Le condizioni di ammissibilità.

L'accentuazione della natura negoziale del concordato è evidente già nella prima delle tre fasi in cui è possibile suddividere la procedura concorsuale, quella dell'ammissione o, come sembra più corretto dire, dell'apertura.

Per consentire un notevole aumento del numero dei soggetti ammessi a fruire del beneficio del concordato, la riforma elimina tutte le condizioni di ammissibilità che sotto il vigore della precedente legge attenevano a qualità soggettive del debitore, cioè l'iscrizione al registro delle imprese da almeno un biennio, l'assenza di procedure concorsuali collegate all'insolvenza nei cinque anni antecedenti, la mancanza di condanne per reati fallimentari o contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria e il commercio. Le novità introdotte con riguardo all'elemento soggettivo legittimano alla presentazione della domanda di concordato qualunque imprenditore non piccolo e non agrario, indipendentemente dalla sua condotta precedente e da qualsivoglia aspetto, formale e sostanziale, attinente alla sua etica professionale, o, meglio, imprenditoriale. Anche il nuovo testo dell'art. 180 l. fall., infatti, non contempla più tra l'oggetto dell'esame del tribunale in sede di omologa, il requisito della "meritevolezza". Da ciò va desunto che oggi il concordato non è più quello che una volta veniva definito: la procedura dell'imprenditore "onesto ma sfortunato", tanto che non è più previsto l'intervento del pubblico ministero, cui ora la domanda va semplicemente comunicata, perchè intervenga a tutela dei creditori più deboli in ossequio a quel tasso sia pur minimo di interesse pubblico che è immanente nella procedura.

E' stata eliminata anche la condizione di ammissibilità integrata dall'impegno, da un lato a pagare integralmente i creditori assistiti da una causa di prelazione, dall'altro a garantire il soddisfacimento del ceto creditorio chirografario nella percentuale minima del 40%, per cui oggi il contenuto del cd. piano concordatario è svincolato da requisiti minimi di soddisfacimento.

Non solo, il contenuto del piano concordatario, che prima poteva assumere le caratteristiche di due sole tipologie, la cessione dei beni e la garanzia, diviene atipico, dal

momento che viene previsto che il piano possa prevedere: *“la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l’attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari o titoli di debito”*. Sotto questo profilo va considerato estremamente significativo che la norma non si riferisca più al pagamento dei debiti, ma alla ristrutturazione dei debiti stessi ed al soddisfacimento dei creditori sotto qualsiasi forma.

Tuttavia, l’esperienza di questi primi anni di applicazione del nuovo istituto ha dimostrato che l’imprenditore in crisi non ha approfittato delle potenzialità insite nella novella, posto che la stragrande maggioranza delle proposte concordatarie ricalcano il modello “classico” della *cessio bonorum*, quando addirittura non integrano altro che una proposta di prosecuzione della liquidazione già in corso, accompagnata dai benefici offerti dall’istituto concordatario. La novella introduce espressamente la figura dell’assuntore del concordato (art. 160, comma 1, lett. b) l. fall.), cioè di colui che si impegna al soddisfacimento del ceto creditorio a fronte dell’acquisizione dell’attivo del debitore, così recependo una soluzione di frequente adozione nel vigore della precedente disciplina, che tuttavia non la prevedeva espressamente. Il legislatore precisa che *“possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato”*.

Ma il *favor* del legislatore per la soluzione concordataria va rintracciato anche (se pure in via del tutto teorica) nel mutamento del presupposto oggettivo del concordato, che non è più lo stato di insolvenza, ma lo stato di crisi, laddove per crisi deve intendersi non soltanto l’incapacità di adempiere alle proprie obbligazioni (lo stato di insolvenza, appunto) ma anche una situazione di difficoltà o di tensione finanziaria, meno grave della decozione, o ancora una condizione di insolvenza non definitiva e reversibile. Si è detto in via del tutto teorica perché l’esperienza insegna che, in mancanza degli istituti di prevenzione e di allerta presenti invece in tutti gli ordinamenti occidentali, che pure hanno costituito il modello della riforma, l’imprenditore ha conservato quel suo attaccamento “paterno” all’impresa, per cui cede le armi solo di fronte ad una insolvenza conclamata.

In un’ottica di *favor* per l’applicazione del nuovo istituto, e di salvaguardia dei valori aziendali e dell’attività di impresa, il legislatore garantisce quindi i benefici dell’effetto

protettivo e dell'esdebitazione anche a colui che non sia ancora insolvente, ma semplicemente rischi di divenirlo.

Il piano deve essere accompagnato, tra gli altri documenti relativi alla situazione finanziaria e patrimoniale dell'azienda, da una relazione redatta da un esperto, che certifichi la veridicità dei dati contabili esposti dall'imprenditore e la concreta fattibilità del piano, ossia che lo stesso abbia fondate possibilità di riuscita. La relazione rappresenta in questa fase l'unica garanzia per i creditori chiamati a votare sul piano, poiché, in mancanza di un controllo da parte del giudice, è questo atto che fornisce ai creditori gli elementi di informazione sulla situazione passata, presente e futura dell'impresa, sulla base dei quali essi si formano il proprio convincimento sulla convenienza della proposta rispetto alla liquidazione fallimentare e sulla sua concreta fattibilità.

Un problema di un certo rilievo è rappresentato dalla responsabilità del professionista. In attesa che venga introdotta l'indispensabile ed auspicata fattispecie di reato delle false attestazioni da parte dei professionisti previsti per la relazione e per la valutazione dei beni vincolati alla garanzia di alcuni creditori, la responsabilità del professionista deve ritenersi ancorata, nello svolgimento delle sue delicate funzioni, alle regole civilistiche e quindi assuma la natura di responsabilità contrattuale nei confronti dell'imprenditore che lo abbia incaricato e che risulti danneggiato dall'inadempimento o cattivo adempimento dell'incarico, e a quelle di responsabilità extracontrattuale nei confronti della massa dei creditori. I creditori per titolo anteriore alla presentazione della domanda potranno lamentare, ad esempio, la determinazione o concausazione da parte del professionista di una ritardata dichiarazione di fallimento, con eventuale conseguente perdita della possibilità di esperire azioni revocatorie. I creditori con titolo successivo alla apertura della procedura di concordato, diversamente, potranno imputare al professionista di aver leso la loro libertà contrattuale, per averli indotti a dare fiducia all'imprenditore in crisi, con lui contraendo obbligazioni che, in mancanza della relazione attestatrice, e della conseguente apertura del concordato, non sarebbero state contratte.

Dopo la apertura della procedura, che viene dichiarata dal tribunale all'esito di un controllo di regolarità e legittimità della proposta, entra in gioco il commissario giudiziale, che deve sottoporre ad attento esame la situazione dell'impresa, valutare la convenienza della proposta e la sua fattibilità, per fornire ai creditori elementi di informazione non più "di parte", ma provenienti da un organo di nomina giudiziaria. Ove il commissario giudiziale rilevasse comportamenti fraudolenti dell'imprenditore o l'impossibilità di

soddisfare i creditori alle condizioni promesse o previste dal piano concordatario, deve riferirne al tribunale per la dichiarazione di fallimento.

La divisione dei creditori in classi.

Un'altra importante novità – anch'essa mutuata da ordinamenti stranieri, e soprattutto da quello statunitense, il famoso Chapter 11 del Bankruptcy Act - è la possibilità di costruire la domanda di concordato suddividendo i creditori in classi. L'istituto, recepito per la prima volta dal legislatore italiano dalla variante “Parmalat” della procedura dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, consente al debitore di dividere i creditori in diversi gruppi, denominati “classi”, rispettando un criterio di omogeneità di posizione giuridica e di interessi economici degli appartenenti a ciascuna delle classi.

La funzione delle classi è quella di consentire al debitore di prevedere trattamenti differenziati tra i creditori appartenenti a classi diverse, con il solo limite di garantire una parità di trattamento ai creditori appartenenti alla stessa classe. Nella formazione delle classi si può tener conto dell'oggetto delle obbligazioni assunte dal debitore; dell'entità del credito; dell'estraneità o partecipazione del creditore al rischio oggettivamente connesso alle attività d'impresa; della disponibilità del creditore a riprendere rapporti commerciali con l'impresa risanata; del carattere privilegiato o chirografario del credito. E' evidente che il principio tradizionale e fondamentale della *par condicio creditorum* ne risulta molto attenuato, se non addirittura superato, dovendo essere osservato solo nell'ambito di ciascuna classe, sempre nell'ottica di favorire il più possibile una definizione della crisi dell'impresa fondata su un accordo tra debitore e suoi creditori.

La suddivisione in classi può riguardare, dopo il decreto correttivo, e quindi per le procedure aperte dopo il 1° gennaio 2008, anche i creditori privilegiati. Infatti, il tema del trattamento dei creditori privilegiati, che ha costituito forse quello maggiormente dibattuto dopo la riforma del marzo 2005, registra un decisivo passo in avanti verso il riconoscimento della possibilità di pagare in percentuale anche il ceto creditorio privilegiato, con l'introduzione della nuova disciplina destinata ad applicarsi alle nuove procedure. Infatti l'art. 160 l. fall. non prevede più l'obbligo di pagamento integrale dei creditori privilegiati, ma ammette espressamente che *“la proposta può prevedere che i creditori muniti di diritto di privilegio, pegno o ipoteca non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali*

sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d)".

Correlativamente, l'art. 177, che costituiva l'ostacolo al riconoscimento del trattamento non integrale dei creditori privilegiati, escludendo gli stessi dal voto, al nuovo terzo comma prevede che *"i creditori muniti di diritto di prelazione di cui la proposta di concordato prevede, ai sensi dell'art. 160, la soddisfazione non integrale, sono equiparati ai chirografi per la parte residua del credito"*.

Un primo punto da ritenersi definitivamente chiarito è la possibilità di falciare il creditore privilegiato con riguardo ai soggetti muniti di causa di prelazione speciale, nella sola ipotesi di incapienza del bene sul quale il privilegio speciale insiste ed in una percentuale di soddisfacimento del credito non inferiore a quella che verrebbe garantita dalla vendita del bene al valore di mercato. Al fine di garantire il privilegiato speciale rispetto alla sussistenza delle condizioni di legge cui viene condizionato il suo soddisfacimento parziale, viene previsto che il valore di mercato sia attestato nella relazione giurata di un professionista. Quanto al significato dell'espressione *"valore di mercato"*, è lecita l'incertezza in merito al fatto che debba o meno tenersi conto, nella determinazione di tale valore, dell'eventualità che alla vendita debba procedersi nell'ambito dell'esecuzione coattiva in sede fallimentare, donde il presumibile abbattimento del valore del bene, specie ove questo, per sue specifiche caratteristiche, si presti ad essere influenzato dalla natura forzata della vendita (tipico l'esempio dei beni immateriali di cui può comporsi l'azienda).

Il creditore privilegiato di cui si proponga la soddisfazione non integrale ha diritto di esprimere il voto per la parte di credito degradata al chirografo.

Nell'ipotesi in cui il debitore presenti una domanda di concordato con una suddivisione in più classi è prevista, nella fase dell'apertura della procedura, una valutazione del tribunale che vada al di là della verifica dell'esistenza dei presupposti del concordato, nonché della regolarità e completezza della documentazione, essendo previsto che debba valutare anche la correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi. Tale controllo ha la precipua funzione di garantire il rispetto, da parte dell'imprenditore in crisi, del principio che subordina l'inserimento in una stessa classe all'esistenza dell'omogeneità della posizione giuridica e/o degli interessi economici dei creditori, per evitare il pericolo che la composizione delle classi sia funzionale esclusivamente a facilitare il raggiungimento della soglia di maggioranza richiesta per l'approvazione della proposta concordataria da parte dei creditori ammessi al voto.

Nell'esercizio del potere di controllo sulla correttezza dei criteri in ossequio ai quali il debitore ha costruito la proposta concordataria in classi, il tribunale deve seguire criteri di valutazione che necessariamente saranno ancorati alle peculiarità della fattispecie, il che esclude che nella materia in questione sia possibile l'enucleazione di principi generali.

Se, per esempio, il criterio generale secondo cui la classe deve essere composta da almeno due creditori sembra corretto, per la necessità che l'omogeneità degli interessi economici e della posizione giuridica sia riferita a più di un creditore, tale criterio viene messo in crisi nell'ipotesi in cui il debitore offra il soddisfacimento in percentuale all'unico privilegiato ipotecario per l'incapienza del bene gravato dall'ipoteca.

Altro problema che la prassi di questi primi anni di applicazione della nuova normativa ha fatto emergere è l'ammissibilità della formazione di una classe comprensiva dei creditori cd. strategici, opposta a quella dei creditori non strategici. Anche in tali casi la legittimità della costruzione e della composizione delle classi non potrà che essere verificata, di volta in volta, con riguardo alle caratteristiche del caso concreto.

IV. Il nuovo ruolo del giudice delegato e del commissario giudiziale.

La disciplina introdotta dal d.l. n. 35/05 convertito in legge dalla l. n. 80/05 depotenzia, in termini di principio, le funzioni del giudice delegato.

La perdita da parte sua della "direzione della procedura", più o meno condivisibile, è comunque coerente con le sue nuove prerogative anche nel fallimento: il giudice delegato è infatti divenuto organo di mero controllo, per di più con un controllo che deve inerire essenzialmente alla regolarità della procedura, e non all'opportunità ed al merito della gestione della curatela, profili questi ultimi che nel nuovo sistema vengono devoluti alla competenza del comitato dei creditori.

Va tuttavia detto che nel concordato preventivo l'eliminazione della funzione di dirigere l'amministrazione del patrimonio e l'esercizio dell'impresa del debitore pare una novità priva di rilievo sostanziale. E' infatti rimasta la necessità che l'imprenditore in concordato per porre in essere gli atti di amministrazione straordinaria debba chiedere ed ottenere l'autorizzazione del giudice delegato, a pena di inefficacia degli stessi rispetto ai creditori anteriori al concordato. Non v'è dubbio che tale ruolo autorizzativo conservi un rilevante potere di intervento dell'organo giurisdizionale nella procedura, cosicché, nonostante ne sia stato formalmente eliminato il potere direttivo, di fatto finisce per rimanere inalterato un penetrante potere di controllo sulle operazioni più importanti della procedura, come l'affitto dell'azienda, la sua vendita, le transazioni, la proposizione delle cause, etc..

Peraltro, il g. d. continua ad essere l'interlocutore dell'organo di vigilanza, cioè del commissario giudiziale, per tutte le determinazioni di quest'ultimo. Il giudice delegato governa l'adunanza dei creditori finalizzata alla raccolta dei voti e al raggiungimento della maggioranza per l'approvazione. L'adunanza costituisce la sede naturale per garantire la piena e corretta informazione ai creditori in merito ai contenuti, alla serietà ed alla fattibilità della proposta concordataria. In quanto tale, integra un momento cruciale della procedura, tanto più ora, in considerazione della natura accentuatamente negoziale dell'istituto.

Anche le funzioni del commissario giudiziale vanno riviste alla luce della normativa del decreto n. 169/07.

Non v'è dubbio che la norma fondamentale, sul tema sia l'art. 173 l. fall., secondo cui il commissario deve riferire al tribunale se la proposta nasconda comportamenti fraudolenti dell'imprenditore sia precedenti al deposito, sia commessi nella predisposizione del piano (se ha omesso di esporre passività o ha occultato attività) e se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati dal g. d. o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato. Quindi il commissario, oltre a verificare in ogni momento la correttezza del comportamento dell'imprenditore concordatario, deve anche controllare che permanga la fattibilità del piano in qualunque momento della procedura, e quindi sia nella fase della approvazione, sia in quella, successiva, dell'omologazione.

Con riguardo alla fase dell'approvazione, il potere di controllo del commissario si pone in una linea di continuità logica, oltre che temporale, con gli accertamenti che nella fase dell'apertura sono devoluti al professionista incaricato di redigere la relazione di cui s'è detto, e rappresenta la necessaria garanzia della effettiva fattibilità del piano al fine di evitare, nell'interesse dei creditori, che siano chiamati a votare su una proposta non attuabile. Sotto questo profilo, è auspicabile che eventuali elementi di criticità evidenziati dal professionista nella sua relazione attestatrice costituiscano l'ideale punto di partenza per gli accertamenti di competenza del commissario.

Anche dopo l'approvazione della proposta da parte dei creditori il commissario dovrà esercitare il suo potere di controllo, al fine di chiedere al tribunale l'interruzione del concordato e la dichiarazione di fallimento se raggiunga la conclusione che il consenso dei creditori stessi sia stato viziato dalla mancata conoscenza di comportamenti fraudolenti o

se per qualsiasi ragione (mancata vendita di un bene) il piano non sia più fattibile, ossia vengano a mancare le risorse previste.

Tralasciando tutti i profili procedurali che poco importano in questa sede, va ricordato che particolarmente rilevante è stato l'intervento del legislatore della riforma sulle maggioranze necessarie per l'approvazione del concordato (il voto favorevole della maggioranza semplice dei creditori ammessi al voto e della maggioranza delle classi) e di notevole interesse l'introduzione del principio del cram down, che consente al tribunale di omologare il concordato anche in presenza di opposizione di un creditore appartenente ad una classe dissenziente purché gli sia assicurato un trattamento non peggiore rispetto a quello conseguente alle alternative concretamente praticabili.

Il concordato preventivo può prevedere anche la transazione fiscale, ossia un accordo con l'Erario, che potrebbe accontentarsi di un pagamento parziale sia dei crediti privilegiati che di quelli chirografari. L'unico limite è rappresentato dalla necessità che il trattamento proposto non sia peggiore rispetto a quello assicurato ai creditori privilegiati dello stesso grado e a tutti gli altri creditori chirografari.

E va concluso che, tornando all'immagine suggestiva del prof. Presti, il concordato resta la procedura più adatta alla generalità delle imprese italiane, che presentano una platea di creditori variegata e portatori di interessi confliggenti, che difficilmente aderiranno spontaneamente e al di fuori di una procedura a soluzioni concordate della crisi. L'adesione spontanea e preventiva è infatti il presupposto degli altri due strumenti di cui si parla.

I piani di risanamento attestati.

A differenza che per gli altri due strumenti concordati di soluzione della crisi e di prevenzione del fallimento, la legge fallimentare non detta né la definizione né la disciplina di questi piani. Si trova in proposito solo una norma di esenzione dalla revocatoria, alla lettera d) dell'art. 67, terzo comma, che, appunto, sottrae alla revocatoria fallimentare "gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b) ai sensi dell'articolo 2501-bis, quarto comma, del codice civile". Esso è, per coglierne la natura più vera e attraente, lo strumento predisposto dal legislatore per superare la crisi dell'impresa senza passare attraverso un provvedimento giudiziale di omologazione e conservando un

elevato grado di riservatezza, che in queste vicende non guasta. Il legislatore ha inteso attribuire protezione dalla revocatoria (e da questa soltanto) nei casi di insuccesso dei piani e di successivo fallimento, ai piani di turn around predisposti con il massimo della riservatezza possibile compatibile con lo stato di crisi dell'impresa.

È questa un'esenzione che, più di altre, è espressione del nuovo spirito della legge, volto a favorire soluzioni concordate della crisi dell'impresa, poiché in questo caso il tasso di negoziabilità, come efficacemente afferma S. Fortunato, è altissimo. Non sembra esservi dubbio che questi atti siano quelli conclusi in esecuzione di un piano di risanamento stragiudiziale, che consenta all'imprenditore di risanare i debiti e perseguire così il riequilibrio della situazione finanziaria, in vista, evidentemente, della ripresa dell'attività. Non è quindi ammissibile un piano di risanamento volto alla liquidazione dei beni.

Il piano può essere predisposto unilateralmente dal debitore, senza il coinvolgimento di tutti i creditori, anche se non è difficile prevedere che il piano richiederà l'accordo preventivo almeno delle banche, chiamate verosimilmente ad erogare nuova finanza e a ridurre il proprio credito (spesso garantito da terzi). Gli altri creditori, invece, non devono necessariamente essere coinvolti nella negoziazione del piano, dal momento che lo scopo del piano non è la ristrutturazione dei debiti, ma il risanamento dell'esposizione debitoria, concetto che implica, secondo l'orientamento dottrinale più convincente, un pagamento pressoché integrale dei debiti. La mancata accettazione a posteriori da parte dei creditori comporterà infatti l'esito negativo del piano stesso e, quindi, il fallimento dell'imprenditore, dal momento che essi restano liberi di esercitare, anche durante l'esecuzione del piano, azioni esecutive individuali e anche di chiedere il fallimento. Non è infatti prevista né la limitata moratoria accordata all'accordo di ristrutturazione dell'art. 182 bis dopo il deposito dell'accordo nel registro delle imprese, né la generale nullità delle azioni individuali intraprese dopo il deposito del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo. Né è previsto che il debitore possa proporre all'erario una transazione ai sensi dell'art. 182 ter, che arricchisce e rende più appetibili gli altri due procedimenti.

Queste considerazioni sono condivise dalla dottrina, che ne trae la conclusione "*... che il presupposto oggettivo del piano ... non è una crisi dell'impresa, intesa come insolvenza o, comunque, una situazione percepita all'esterno, caratterizzata dall'attitudine a sfociare nell'insolvenza, bensì uno status di difficoltà transitoria, di un mero declino economico, gestibile all'interno dell'impresa stessa, senza coinvolgere i creditori*", così G. Jannaccone, in "Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al "decreto correttivo", a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2008, 609/610. Ritiene poi che il piano debba

– oltre che essere ragionevole – condiviso dai soggetti cui è sottoposto, anche se non necessariamente la generalità dei creditori, *“ai quali verranno chiesti sconti, moratorie, dilazioni e nella migliore delle ipotesi anche nuova finanza, a fronte di interventi sulla struttura aziendale ... Il tutto senza il controllo del tribunale a cui è riservata solo la funzione della nomina dell’esperto nel caso in cui il debitore sia una società per azioni”*, C. Bianco, *ivi*, 620.

A differenza del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, questo piano non passa attraverso una fase giudiziale di omologa, ma è ugualmente assistito dalla certezza dell’esonero dalla revocatoria per gli atti che ne costituiscono esecuzione. L’unica garanzia richiesta dal legislatore è l’attestazione della *“ragionevolezza”* del piano, attestata anche in questo caso da un professionista qualificato.

Il termine *“ragionevolezza”* utilizzato dal legislatore è, come si vede, quanto mai vago e generico, e la estrema varietà delle situazioni ipotizzabili non consente di affermare a priori quando un piano si possa ritenere ragionevole. Sotto il profilo aziendalistico, il piano, come qualunque piano di ristrutturazione o di risanamento, deve partire da un’analisi delle cause della crisi, distinguendo tra l’analisi c. d. esterna, dell’ambiente in cui opera l’azienda, nel cui ambito possono essere individuate le cause generatrici della crisi (concorrenza, mutamenti tecnologici, crisi di mercato, crisi del settore) e quella interna. L’analisi interna parte invece da una riclassificazione del bilancio, dall’esame degli indici di bilancio ed extracontabili e, soprattutto, gli indici di liquidità, l’indice di disponibilità, il margine di tesoreria e quello di struttura, il capitale netto circolante, quello di indipendenza finanziario e quello di indebitamento. Il livello di gravità della crisi e la sua reversibilità potrà essere valutata in base a quegli indicatori.

Andranno poi verificati gli indici di redditività per capire se l’azienda ha la capacità di produrre reddito attraverso la gestione caratteristica, con conseguente idoneità ad affrontare gli oneri finanziari. Sulla base della valutazione di questi indici, l’esperto sarà in grado di comprendere la situazione in cui versa l’azienda e di valutare l’adeguatezza degli interventi proposti dal piano. Il piano deve in primo luogo essere tale da consentire il risanamento dell’esposizione debitoria dell’impresa e da assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria. Il risanamento dell’esposizione debitoria si può realizzare mediante apporti finanziari dei soci, il realizzo di attività patrimoniali non rientranti nel core business dell’impresa, il consolidamento dei debiti con parziali rinunzie dei creditori al capitale e/o agli interessi; la conversione di crediti in capitale; la concessione di nuova finanza;

pactum de non petendo, per garantirsi la moratoria dei pagamenti e l'astensione da azioni esecutive per tutto il periodo in cui avrà attuazione il piano.

Il riequilibrio della situazione finanziaria si verifica quando la situazione finanziaria e quella di liquidità sono in grado di migliorare per effetto della gestione corrente ed è quindi, in sostanza, il riequilibrio dell'impresa, che sarà in grado di far fronte all'indebitamento corrente con il reddito corrente.

Il compito dell'esperto consisterà nel verificare che il piano elaborato dal debitore sia attendibile, realizzabile e coerente, in grado di ricondurre l'impresa ad una situazione di equilibrio. Poiché l'effetto del piano è il beneficio dell'esenzione dalla revocatoria, compito dell'esperto è quello di verificare che il piano sia verosimilmente razionale e fattibile in relazione alla adeguatezza ed alla capacità delle risorse finanziarie di assorbire l'esposizione debitoria dell'impresa. E' stato efficacemente osservato che è in atto un processo evolutivo, che tende a spostare la prospettiva d'indagine dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza dell'impresa, intesa come sussistenza dei presupposti di risanabilità e di conservazione dei complessi aziendali (Bertacchini).

Ma, poiché questo tipo di accordo non gode di alcuna moratoria, più realisticamente, si deve affermare che un piano è veramente "ragionevole" quando, oltre a presentare le caratteristiche enunciate ed essere in grado di produrre gli effetti auspicati, sia concretamente realizzabile quando abbia già raccolto se non proprio la totalità, almeno una elevatissima quantità di adesioni da parte dei creditori e vi sia la concreta prospettiva di ricevere l'adesione della piccola parte di creditori non ancora aderenti, ovvero quando il debitore disponga delle risorse necessarie per soddisfarli integralmente. Ma non può escludersi che sia ragionevole un piano che non abbia ancora ricevuto il consenso dei creditori, ma che ne prospetti il pagamento integrale mediante finanza raccolta attraverso la dismissione di assets aziendali e/o la costituzione di garanzie sugli stessi. Nella pratica, il piano ragionevole comporta un duplice accordo: con i soggetti finanziatori, destinato a creare liquidità e con una parte dei creditori avente contenuto remissorio e dilatorio, diretto a consentire il pagamento integrale e in tempi assai ristretti dei creditori più difficili. Ciò che un piano che voglia definirsi ragionevole non può assolutamente prevedere è il trattamento falcidiato di una parte significativa dei creditori senza che gli stessi abbiano assentito preventivamente. Se il debitore intende proporre un trattamento percentuale ai suoi creditori senza la certezza dell'assenso dei creditori deve percorrere la strada del concordato preventivo.

In un caso sottoposto al tribunale di Milano a seguito del fallimento della società, si è verificato che la stessa, che era già in liquidazione, aveva seguito un percorso del tutto anomalo; aveva redatto un piano nel quale veniva previsto il pagamento dei creditori chirografari al 33%, ma aveva raccolto l'adesione solo di una parte minoritaria del ceto creditorio, e senza avere le disponibilità finanziarie per pagare interamente i creditori dissenzienti, ha dato seguito al pagamento nella percentuale prevista. La norma non consente una soluzione del genere: essa non protegge affatto dalla revocatoria i pagamenti effettuati a favore di alcuni creditori sulla base della mera speranza che anche gli altri creditori accettino un analogo trattamento. E il successivo fallimento comporta sicuramente la revoca dei pagamenti eseguiti in violazione della par condicio e un'azione di responsabilità verso i gestori. La certezza che il comportamento tenuto dal liquidatore della società sia stato *contra legem* ha fatto concludere al curatore ed al giudice delegato che era ammissibile un'azione risarcitoria contro il liquidatore stesso. Peraltro, un altro aspetto critico del piano era costituito dal fatto che esso era stato presentato allorché la società era già in liquidazione ed i beni aziendali sostanzialmente liquidati, mentre il legislatore ha riservato il piano di risanamento all'impresa in grado di riprendere il cammino, escludendolo quindi per le società in liquidazione. Alla responsabilità del liquidatore si aggiunge, ovviamente, quella dell'esperto, che aveva ritenuto ragionevole il piano. Per cui il fallimento ha proposto nei confronti dei creditori parzialmente soddisfatti le azioni revocatorie che non si erano prescritte, nonché l'azione di responsabilità nei confronti del liquidatore per i pagamenti preferenziali eseguiti ed anche nei confronti del professionista che aveva attestato la ragionevolezza del piano per tutte le azioni revocatorie in relazione alle quali si era verificata la decadenza.

Un altro caso è stato sottoposto alla mia attenzione. L'esperto, dopo aver esaminato e verificato l'attendibilità dei dati contabili forniti dalla società, aver ripercorso le ragioni delle difficoltà del gruppo, ha esposto le linee guida del piano, affermando che era prevedibile che nel secondo semestre dell'anno la società avrebbe incrementato l'attività produttiva, con conseguente crescita dei ricavi, ed avrebbe ottenuto la riduzione dei costi attraverso il trasferimento in Cina ed in Brasile di alcune linee produttive e del costo del personale. Aveva verificato che il piano aveva raccolto l'assenso dell'80% degli istituti di credito ed aveva posto in luce la criticità del piano rappresentata dalla possibilità che il 20% residuo non aderisse al piano. Aveva quindi ipotizzato che il piano sarebbe stato realizzabile solo se le banche aderenti avessero accettato di farsi carico proporzionale dell'indebitamento verso le altre banche, rilasciando quindi una relazione per così dire condizionata. Inutile

dire che il piano è poi sfociato in fallimento.

Il compito dell'esperto è molto delicato poiché la sua attestazione potrà finire col sottrarre alla revocatoria tutti gli atti posti in essere dal fallito a favore di creditori che potrebbero essere pienamente consapevoli dello stato di insolvenza. E poiché la norma non prevede esplicitamente che sia osservata la *par condicio*, potrebbe anche verificarsi il caso di pagamenti preferenziali eseguiti in esecuzione dell'accordo stragiudiziale, sottratti per ciò solo alla revoca. Ma non a responsabilità penale per bancarotta preferenziale.

Naturalmente, il giudizio di "ragionevolezza" sarà soggetto all'esame del giudice solo nel caso in cui il piano non raggiunga gli esiti sperati e l'impresa fallisca, cosicché tutti gli atti previsti dalla norma saranno irrevocabili solo se eseguiti in esecuzione di un piano di risanamento effettivamente ragionevole, laddove la ragionevolezza deve riguardare il duplice profilo della sua idoneità a condurre al risanamento dell'impresa e sia stato accettato dalla generalità dei creditori. Il problema più rilevante riguarda la responsabilità del professionista che abbia reso l'attestazione di ragionevolezza per il caso in cui le azioni revocatorie si siano prescritte, il che è molto facile, considerato che il periodo sospetto nell'ipotesi di revocatorie aventi ad oggetto pagamenti eseguiti con mezzi normali è di soli sei mesi.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Diversi, non tanto per il contenuto del piano, che è poi sempre lo stesso nelle sue linee generali, anche se in questo caso può – come nel concordato preventivo – tendere tanto al risanamento quanto alla liquidazione degli assets aziendali, sono gli accordi di ristrutturazione. Essi sono una figura del tutto nuova nel nostro ordinamento, che affianca ad un momento esclusivamente contrattuale, quello della predisposizione del piano e della sua accettazione da parte di una quota molto rilevante di creditori, ad una fase giudiziaria, che culmina come il concordato preventivo nell'omologazione. Essi sono infatti uno strumento semplificato di definizione dei rapporti con il ceto creditorio cui il debitore che si trovi in stato di crisi (o di vera e propria insolvenza) può fare ricorso quando abbia stipulato un accordo di ristrutturazione dei debiti con una parte notevole e qualificata dei creditori, che rappresentino almeno il 60% dei crediti (oltre, quindi, la maggioranza assoluta, anche se non si può qui di parlare di maggioranza, poiché non c'è votazione), prima di depositarlo in tribunale per l'omologazione.

Non è escluso che tra gli aderenti compaiano anche i creditori privilegiati, che potrebbero anche accontentarsi di un pagamento ridotto, particolarmente ora che, dopo le diverse modifiche intervenute, il soddisfacimento parziale dei creditori privilegiati è divenuto

principio generale accolto nelle due procedure di concordato. Naturalmente, anche l'esecuzione di questo accordo potrebbe avvenire anche in via esclusivamente stragiudiziale, ma il debitore resterebbe esposto ai rischi che abbiamo più volte evidenziato.

Invece, la preventiva sottoposizione dell'accordo al tribunale e la sua omologazione immediata, attraverso il celere rito camerale, assicurano all'accordo stesso la protezione dell'autorità giudiziaria, ma una protezione che, come vedremo, era prima dell'ultima riforma talmente limitata che l'istituto aveva avuto un'applicazione estremamente ridotta. Il che non era certo positivo, giacché lo strumento è duttile ed efficace e si presta, con le modifiche già apportate ad essere utilmente impiegato per la soluzione di molte vicende di insolvenza.

Lo sarà ancora di più quando il legislatore, recependo le indicazioni di tutti gli interpreti estenderà a questo tipo di accordi le agevolazioni fiscali attribuite al concordato preventivo.

Il proponente deve essere un imprenditore commerciale e deve versare in stato di crisi e deve avere già concluso con quella quota di creditori un accordo di ristrutturazione dei debiti. Il significato dell'espressione "*ristrutturazione dei debiti*", che si ritrova anche nel nuovo art. 160 come possibile contenuto della proposta concordataria, non viene mai definito e può avere contenuto assai ampio e diversificato. Essa può consistere nella estinzione totale o parziale delle obbligazioni mediante novazione o remissione o differimento della scadenza, ovvero attraverso un *pactum de non petendo*. Possono essere previsti anche l'emissione di obbligazioni o di titoli di debiti per finanziare l'impresa ed estinguere le obbligazioni, aumenti di capitale con emissione di nuove azioni da attribuire ai finanziatori, la cessione di rami dell'azienda o di singoli beni ai creditori.

Da parte dei creditori, possono intervenire rinunzie, dilazioni, riduzioni degli interessi, conversione dei crediti di finanziamento in crediti di funzionamento, quindi, la conversione di crediti in capitale di rischio.

In definitiva, per ristrutturazione dei debiti si intende il pagamento ai creditori in misura inferiore a quanto stabilito e/o in tempi successivi alle scadenze originariamente stabilite.

Quanto alla forma che devono rivestire gli accordi, l'unica norma che ne detta la disciplina nulla dispone; si deve ritenere che essi debbano rivestire la forma scritta, dal momento che l'accordo deve essere depositato in tribunale e pubblicato nel registro delle imprese.

Quanto alla loro natura giuridica, secondo un Autore la definizione più appropriata sembra essere quella di contratto plurilaterale con comunione di scopo, con una causa unica, la

prevenzione o il superamento dell'insolvenza (con la conseguente applicazione delle norme generali codicistiche applicabili a quel tipo di contratti), secondo altri si tratterebbe invece di un contratto bilaterale plurisoggettivo ovvero di un fascio di accordi bilaterali, a seconda delle peculiarità del caso concreto.

L'accordo deve essere accompagnato da una domanda - alla cui presentazione legittimato, anche in questo caso, esclusivamente l'imprenditore - che si deve ritenere abbia forma di ricorso con il quale l'imprenditore afferma di trovarsi in stato di crisi e dà conto di avere raggiunto con il 60% dei suoi creditori un accordo di ristrutturazione dei debiti; la domanda deve essere corredata dalla documentazione elencata dall'art. 161 e dalla relazione di un esperto.

La relazione dell'esperto ed il trattamento dei creditori "estranei". La conclusione dell'accordo si compone di due momenti, il primo dei quali è rappresentato dal perfezionamento del patto, ma esso deve innestarsi su un piano di ristrutturazione che deve fondarsi sugli accertamenti di cui si è parlato prima e può avere il contenuto più vario, dalla remissione di parte dei crediti, alla concessione di dilazione, alla postergazione, all'assegnazione ad uno o più creditori di beni o crediti, e così via. Il piano deve avere le caratteristiche che si sono descritte, ed in particolare essere attendibile, coerente e realizzabile. Esso può essere predisposto dal *management* interno, ovvero essere affidato ad un *temporary manager* o, infine, ad un professionista esterno.

Anche in questo caso deve accompagnare la domanda la relazione dell'esperto, che deve avere un contenuto specifico e riguardare, per lo meno secondo la lettera della norma, esclusivamente la "attuabilità" del piano, "con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei". Ma, in primo luogo, anche se all'esperto non viene chiesta una preventiva verifica e certificazione della veridicità dei dati aziendali sui quali si fonda l'accordo, è da ritenere che detto accertamento, benché non richiesto espressamente, non possa che costituire il fondamento della attuabilità del piano rispetto ai creditori estranei. Secondo la migliore dottrina la relazione, che dovrà essere analitica e completa, dovrà accertare anche l'attuabilità integrale dell'accordo, ossia la idoneità dell'accordo ad assicurare la concreta realizzabilità delle previsioni del piano e, come finalità specifica del piano, la sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei.

Peculiare è, infatti, la posizione dei creditori rimasti "estranei" al piano, ossia quelli che non vi abbiano aderito prima della presentazione: non avendo partecipato all'accordo e non avendo accettato alcuna rinegoziazione del credito, essi debbono essere pagati

“regolarmente”, ossia integralmente ed alle scadenze pattuite. Ove si tratti di debiti scaduti, il pagamento deve riguardare anche gli interessi ed essere eseguito subito dopo l’omologa. Quindi l’esperto deve verificare che le disponibilità finanziarie e patrimoniali, ma soprattutto quelle finanziarie, del debitore siano tali da assicurare l’integrale e puntuale pagamento dei creditori rimasti estranei all’accordo.

La pubblicazione dell’accordo nel registro delle imprese. L’accordo acquista efficacia dal giorno della “pubblicazione” nel registro delle imprese. La pubblicità imposta all’accordo è strumentale alla proposizione di opposizioni da parte dei creditori e di “*ogni altro interessato*”: esso deve essere pubblicato nel registro delle imprese, unitamente alla relazione dell’esperto, e dalla data della pubblicazione decorre il termine di trenta giorni per la proposizione dell’opposizione.

Effetti dell’accordo. La “moratoria” delle azioni esecutive e cautelari. Il primo effetto dell’accordo, quello previsto dalla norma nella sua formulazione originaria, è, per il caso in cui l’accordo, benché omologato, sfoci in fallimento, che gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell’accordo stesso omologato sono sottratti dalla revocatoria, ai sensi della lettera e) del terzo comma dell’art. 67.

Ma l’effetto più auspicato dagli interpreti critici dell’istituto è stato introdotto dal decreto correttivo. Infatti, la novità più rilevante dell’ultima riforma è rappresentata dalla protezione del patrimonio dell’imprenditore dalle azioni esecutive individuali e dalle istanze di fallimento, introdotta da un nuovo secondo comma della norma, che così recita: “*dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo o causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio. Si applica l’art. 168, secondo comma*” La norma ricalca evidentemente l’art. 168 che, in tema di concordato preventivo, sanziona con la nullità la proposizione o la prosecuzione di azioni esecutive sul patrimonio del debitore. In questo caso, la sanzione è l’improponibilità o l’improcedibilità dell’azione proposta. Mentre per il concordato preventivo il divieto dura dalla data della presentazione della domanda e perdura fino alla definitività del decreto di omologa, per questo tipo di procedura (se così si può definire) la durata è molto breve, sessanta giorni. La norma, peraltro, vieta la proposizione di azioni esecutive e cautelari, ma non impedisce al debitore pagamenti di debiti preesistenti ed atti di disposizione, il che non sembra accettabile. La modifica è comunque molto positiva perché la mancanza dell’“ombrello” era proprio uno dei punti critici della figura in esame ed una delle ragioni dell’esiguità del numero dei ricorsi.

Il divieto è limitato ai creditori anteriori alla data di pubblicazione dell'accordo, il che, quindi, non esclude che un'azione esecutiva o cautelare sia proposta da un creditore la cui pretesa sia sorta dopo detta pubblicazione, dal momento che, ove l'accordo sia volto al risanamento dell'impresa, l'esercizio dell'attività potrebbe essere continuato.

Il procedimento di omologa dell'accordo. L'accordo, una volta ottenuto il consenso del 60% almeno dei creditori, deve essere sottoposto al tribunale, il quale, peraltro, non ha alcun potere – dovere di verifica preventiva, essendo affidata unicamente all'accordo tra le parti ed al consenso dei creditori la determinazione e l'approvazione preventiva del piano, ma deve procedere alla omologazione dell'accordo "*in camera di consiglio con decreto motivato*". La tutela dei creditori dissenzienti è assicurata dalla facoltà di presentare opposizione.

Legittimati all'opposizione sono "*i creditori e ogni altro interessato*". Tra i soggetti interessati devono essere senz'altro annoverati i creditori "estranei", le cui ragioni potrebbero essere lese dall'accordo, ma anche i creditori aderenti che ritengano che l'accordo non sia rispettoso del contratto stipulato con l'imprenditore, nonché i creditori dei creditori, sia aderenti che estranei, che possono indubbiamente essere danneggiati dall'accordo, giacché il credito che costituisce un cespite soggetto alla loro azione esecutiva è ridotto a seguito dell'accordo.

Tutte le opposizioni proposte debbono essere valutate e decise nel corso del giudizio di omologazione.

Il giudizio si svolge nelle forme rapide e semplificate del rito camerale, come è previsto per tutti i procedimenti endoconcorsuali.

Il controllo del tribunale, in assenza di opposizioni, è di mera regolarità formale, dovendo lo stesso verificare la ritualità della presentazione della domanda, la regolarità dell'*iter* di approvazione e della sottoscrizione dell'accordo, l'iscrizione dell'accordo stesso nel registro delle imprese, e l'allegazione di una relazione dell'esperto. Se essa sia completa, coerente e sostenuta da adeguata motivazione è altro tipo di controllo che, secondo i più, non compete al tribunale. L'assenza della figura del commissario giudiziale non permette neppure quel limitato controllo precedente all'omologazione che è assicurato nella procedura "ordinaria".

Il giudizio si chiude con un decreto motivato che omologa l'accordo.

Se, invece, sono state proposte opposizioni, il giudizio deve riguardare anche queste. La decisione sulle opposizioni è resa con il decreto che omologa o nega l'omologa

dell'accordo, che deve contenere un capo che decide sulle stesse, così come avviene per il concordato a norma dell'art. 180.

Quindi, il potere di controllo del tribunale è sollecitato dalle opposizioni e potrà, in questo caso, riguardare non solo la regolarità della proposta e dell'espressione del consenso da parte della maggioranza qualificata dei creditori, ma investire anche il merito della proposta stessa, già certificata dall'esperto. Quanto meno sotto il profilo della garanzia di integrale pagamento dei creditori rimasti estranei all'accordo o perché non hanno ritenuto di aderirvi o perché non siano stati neppure consultati dal debitore. Ove il tribunale ritenga che l'accordo non sia realizzabile, oppure che lo stesso leda i diritti dei creditori rimasti estranei allo stesso e, nello stesso tempo, che il debitore non sia in grado di adempiere le obbligazioni, sia quelle nascenti dall'accordo, sia quelle nei confronti dei creditori estranei, ne potrà dichiarare il fallimento.

Per concludere, l'imprenditore che ha una platea di creditori vasta e frazionata e dispone di risorse limitate farà ragionevolmente ricorso al concordato preventivo; chi invece ha un indebitamento concentrato nei confronti delle banche e queste siano disponibili a sostenerlo nel risanamento potrà proporre ai creditori un accordo di ristrutturazione dei debiti; se, infine, è in grado di raggiungere il risanamento ed è sostenuto dalle banche, farà ricorso, con il massimo della riservatezza, ad un piano di risanamento attestato.

Decreto ALITALIA

L'insolvenza dell'Alitalia, come quella della Parmalat, è stata fronteggiata dal Governo con l'ennesimo provvedimento legislativo d'urgenza, c. d. leggi fotografia, che ha apportato ulteriori modifiche alla procedura di amministrazione straordinaria. Ricordiamo che l'intervento era stato preceduto da un d. l. dell'aprile 2008, con il quale all'impresa era stato erogato l'importo di 300 milioni di euro, che dovrà essere restituito "nel minor termine tra il trentesimo giorno successivo a quello della cessione della partecipazione azionaria di titolarità del Ministero dell'economia e delle finanze ed il 31 dicembre 2008", maggiorato degli interessi. L'operazione ha lo scopo di far fronte alle perdite che comportino una diminuzione del capitale al di sotto del minimo legale e prevedibilmente incorrerà nelle sanzioni della Commissione Europea, che potrebbe ravvisare nell'operazione un aiuto di Stato. Nel caso di liquidazione di Alitalia, la restituzione è postergata al soddisfacimento degli altri creditori.

Con il decreto era prevista anche l'equiparazione a quelli posti in essere in esecuzione di un piano di risanamento attestato, e quindi l'esenzione dall'azione revocatoria, degli atti e dei pagamenti e delle garanzie concesse dall'Alitalia nel periodo compreso tra la data del provvedimento legislativo (aprile 2008) e quella della restituzione del prestito o, al massimo, entro il 31 dicembre 2008, quando si era ben lontani dalla predisposizione di un piano idoneo a ripianare l'esposizione debitoria e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria. Tuttavia, intervenuto il decreto di ammissione all'amministrazione straordinaria, c'è il rischio che tutte le operazioni, indispensabili per consentire alla società la prosecuzione dell'attività, siano in realtà revocabili, come accade se un piano di risanamento fallisce e l'imprenditore anche. E' previsto anche che, per salvaguardare gli interessi pubblici, il Consiglio dei Ministri, con propria delibera, possa individuare uno o

più soggetti qualificati che, anche nell'interesse di Alitalia – Linee aeree italiane S.p.A. Promuovano in esclusiva un'offerta finalizzata ad acquisire il controllo di detta società.

Quali sono gli interventi speciali che dovrebbero assicurare la ristrutturazione del gruppo? Innanzi tutto sono stati conferiti pieni poteri all'Esecutivo e si è previsto l'avvio di un programma di risanamento mediante la cessione dei complessi aziendali ad un'altra impresa. Per Parmalat, invece, era stata prevista una procedura volta alla ristrutturazione dell'impresa mediante un programma di prosecuzione dell'attività per almeno quattro anni. Sono rimasti invariati i requisiti quantitativi per l'ammissione alla procedura, che non era necessario variare per Alitalia: l'impresa deve avere da almeno un anno non meno di 500 lavoratori subordinati e debiti non inferiori a 300 milioni di euro. Tutte le imprese in crisi in possesso di questi requisiti possono chiedere al Ministero delle Attività Produttive l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria, chiedendo contestualmente al Tribunale del luogo in cui ha la sede la dichiarazione dello stato di insolvenza.

Invece, per le imprese, come Alitalia, che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, l'ammissione alla procedura, la nomina del commissario straordinario e la determinazione del suo compenso sono disposte con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri o del Ministro dello Sviluppo Economico, che possono decidere anche gli atti necessari al conseguimento delle finalità della procedura. Il commissario straordinario deve redigere il programma di ristrutturazione, dal quale emerga la possibilità dell'impresa di raggiungere la posizione di equilibrio, da sottoporre all'autorizzazione del Tribunale; ma, altra norma eccezionale, il giudice delegato, anche prima dell'approvazione, può autorizzare il commissario a pagare i creditori anteriori quando ciò sia necessario per evitare un grave pregiudizio alla continuazione dell'attività. Le società del gruppo possono essere attratte nella procedura quando si riveli utile la gestione coordinata dell'insolvenza, ovvero soggette ad una procedura autonoma, volta alla ristrutturazione ovvero alla cessione dell'azienda o di suoi rami.

Il programma deve essere sottoposto al tribunale entro 180 giorni dalla dichiarazione dello stato di insolvenza e deve tenere conto della posizione dei piccoli risparmiatori persone fisiche che abbiano investito in obbligazioni emesse o garantite dall'impresa in crisi. Se il programma di ristrutturazione non è approvato, il commissario può predisporre un programma di cessione, che se autorizzato, deve essere attuato ne termine di due anni. Il cessionario dell'azienda deve essere individuato dal commissario – attraverso una trattativa privata – tra i soggetti che diano garanzia di continuità del servizio nel medio periodo ed il prezzo, che non può essere inferiore a quello di mercato, è quello risultante

da una perizia effettuata da una primaria istituzione finanziaria con funzione di esperto indipendente individuato dal Ministro per lo Sviluppo Economico. Le operazioni di concentrazione connesse, contestuali o previste nel programma, devono essere comunicate all'Autorità garante della concorrenza e del mercato unitamente alla proposta di misure comportamentali idonee a prevenire il rischio di imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per i consumatori in conseguenza dell'operazione. L'Autorità prescrive eventualmente misure idonee ad evitare che dalla posizione dominante che ne può derivare conseguano danni ai consumatori e, comunque, stabilisce un termine, non inferiore a tre anni, entro il quale le posizioni di monopolio deve cessare.

L'ammissione alla procedura non comporta il venir meno delle autorizzazioni, certificazioni, licenze, concessioni o altri titoli necessari per l'esercizio delle attività. Titoli che vengono automaticamente ceduti all'acquirente.

Con il programma di ristrutturazione il commissario può proporre ai creditori un concordato, che può prevedere la suddivisione dei creditori in classi e trattamenti differenziati per le varie classi, la ristrutturazione dei debiti o la soddisfazione dei debiti nelle forme più varie, compresa l'attribuzione ai creditori di azioni, quote o obbligazioni, l'attribuzione ad un assunto delle attività dell'impresa. Il concordato deve essere approvato dalla maggioranza assoluta dei creditori e dalla maggioranza delle classi e, se le maggioranze sono raggiunte, il Tribunale lo approva a sua volta con sentenza. La sentenza chiude la procedura di amministrazione straordinaria.

Se il concordato è respinto, il commissario presenta un programma di cessione dei complessi aziendali.

Anche nel caso in cui sia prevista la ristrutturazione dell'impresa, ossia la sua continuazione, il commissario può proporre azioni revocatorie quando siano di utilità per i creditori, che la normativa consentiva solo nelle procedure volte alla dismissione dei beni.

Una norma sospetta di incostituzionalità attribuisce unicamente alle società Alitalia Linee Aeree Italiane e Alitalia Servizi la responsabilità degli amministratori e dei sindaci, come se fosse possibile stabilire per legge una sorta di impunità di quei soggetti, evidentemente sottoposti, quanto alle loro scelte, ad imput di carattere politico.

Come si vede, si tratta di un provvedimento che va contro la tendenza della nuova legge fallimentare, che ha lo scopo di favorire soluzioni di mercato, quali i piani di risanamento, gli accordi di ristrutturazione ed il concordato, mentre l'intervento dello Stato è qui molto rilevante, allo scopo evidente di favorire una soluzione pilotata a vantaggio di pochi

imprenditori. Si è fatto ricorso ad uno strumento dirigitico che non genera ricchezza e produttività, non favorisce la concorrenza e ci allontana dagli altri paesi europei. E, in ultima analisi, sostiene un'impresa pubblica sostanzialmente improduttiva, che va contro l'auspicata liberalizzazione e privatizzazione delle imprese.

E' ancora insoluto il problema dei dipendenti, anche se è stata apportata una deroga rilevante in tema di cassa integrazione, al fine di agevolare la drastica riduzione di personale indispensabile per consegnare alla new company un'azienda efficiente.