

Maria Rosaria GROSSI

Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e piani di risanamento

Come tutti sanno, la normativa chiamata a disciplinare la crisi dell'impresa è, in tutti gli ordinamenti moderni, oggetto di continui interventi di modifica, volti ad armonizzare quella normativa al mutare del contesto economico sociale; in Italia si è invece verificato uno strano fenomeno, per il quale la legge fallimentare è rimasta immutata dal 1942 al 2005, nonostante i numerosi progetti di riforma predisposti da tutti i governi succedutisi nel tempo.

Nel 2005, è entrata in vigore una prima riforma parziale che ha riguardato solo il concordato preventivo e l'azione revocatoria fallimentare, che prevedeva nel regime riformato una disciplina molto rigida e molto punitiva sia per i fornitori che per le banche.

Solo nel 2006 è stata varata una riforma organica del diritto concorsuale.

Il mio tema riguarda le procedure c. d. minori, tese ad evitare la liquidazione fallimentare, attraverso soluzioni concordate della crisi.

Per quanto riguarda il concordato preventivo, la principale procedura minore, gli interventi legislativi recenti dimostrano inequivocabilmente la volontà del legislatore di sottrarre la soluzione della crisi dell'impresa a rigide predeterminazioni di risultato ed a controlli "esterni", in particolare al controllo dell'autorità giudiziaria, e di affidarla per quanto più è possibile all'accordo tra le parti, rimettendo alla loro autonomia la scelta sulle modalità di raggiungimento del risultato.

Deve riconoscersi che la "vecchia" configurazione della procedure minori, anche nei casi in cui l'impresa – anche se in crisi – conservava una sia pur modesta capacità o di ripresa o di ripianamento della situazione debitoria, poneva tali e tanti limiti all'autonomia delle parti che i concordati preventivi, che pure hanno mostrato, per lo meno nell'esperienza milanese, di raggiungere risultati assai apprezzabili, erano di numero assai limitato. Anche i concordati fallimentari, volti alla chiusura del fallimento, e più agili in teoria, perché non legati ad una percentuale obbligatoria di soddisfazione per i creditori chirografari, erano rarissimi perché, per farne apprezzare la convenienza, il fallito (o un terzo) doveva offrire qualcosa in più rispetto alla liquidazione già compiuta o in corso di esecuzione.

Del resto nel senso della contrattazione della soluzione della crisi d'impresa si sono orientati in prevalenza gli ordinamenti stranieri, anche di altri continenti. E di questi modelli il legislatore non poteva, nonostante tutto, non tenere conto, poiché le modalità con le quali un ordinamento gestisce la crisi dell'impresa, che ha ricadute rilevanti per una serie indeterminata di altre imprese, è uno dei fattori che determinano la sua competitività ed è in grado, con gli altri, di richiamare capitali ed investimenti.

Si pensi, in primo luogo, agli Stati Uniti, alla cui legislazione il novellatore si è largamente ispirato. In quel paese esistono corti specializzate, che si occupano in via esclusiva di procedure concorsuali, le Bankrupt Courts, formate in gran parte da giudici esperti aziendalisti, che accompagnano con interventi minimi la formazione degli accordi. L'ormai famoso Chapter 11, che è stato ampiamente ripreso dal legislatore italiano per la disciplina del nuovo concordato preventivo, prevede la possibilità per il debitore (ed anche per ciascuno dei creditori, ma è questa una via sulla quale il nostro legislatore non si è sentito di avventurarsi) di proporre ai creditori una soluzione convenzionale della crisi, soluzione che può assumere un contenuto assai vario, poiché i creditori possono essere suddivisi in classi e a ciascuna classe può essere offerto un trattamento differenziato, il che consente al debitore di modulare le sue offerte anche in relazione alla capacità contrattuale di ciascuna classe, in modo da poter raggiungere più facilmente la maggioranza necessaria all'approvazione della proposta concordataria. Il potere della Corte è assai ridotto; il più rilevante è forse quello connesso al c. d. cram down, ossia alla verifica che la classe dissenziente, o le classi dissenzienti, non ricevano dal piano predisposto dal debitore un trattamento peggiore rispetto alla liquidazione fallimentare. E' questa una regola di grande efficacia, poiché consente di superare dissensi immotivati o strumentali, assicurando – nello stesso tempo – alla classe dissenziente un trattamento ragionevole.

Peraltro, anche in Italia, 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 concordata, soprattutto con gli istituti di credito, i soggetti più impegnati (ed esposti) nelle vicende imprenditoriali. Era, ed è, frequente il caso in cui il debitore 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 di pagamenti rinegoziando con i creditori i termini ed i tempi dei versamenti. Spesso 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 debitore alle azioni esecutive individuali durante il periodo necessario all'attuazione del piano, poi la revocabilità di tutti gli atti compiuti nella piena consapevolezza 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 (verosimilmente quando anche il capitale sociale era andato completamente perduto).

A queste esigenze rispondono in varia misura le nuove norme. Va premesso che nessun intervento è stato eseguito sulle norme regolanti le conseguenze penali dell'insolvenza, per cui, a stretto rigore, l'incriminazione per bancarotta per chi gestisce la crisi è ancora possibile. Ma il problema può essere risolto, come s'è fatto frequentemente in passato, sulla base della valutazione dell'elemento soggettivo, dal momento che – nella stragrande maggioranza dei casi – le parti intervenute al piano potranno dimostrare di non avere avuto intenzione di danneggiare l'impresa, ma, al contrario, quella di aiutarla a superare il momento critico.

Ma vediamo quali sono, nell'ordinamento italiano, i più nuovi strumenti di soluzione concordata della crisi.

La nuova legge fallimentare prevede, in primo luogo, il rimedio classico del concordato, e due diverse ipotesi di accordi: i piani di risanamento disciplinati dalla lettera d) del terzo comma dell'art. 67 l. f., e gli accordi di ristrutturazione dei debiti disciplinati dall'art. 182 bis l. f.

Mutuando il generale orientamento espresso dagli ordinamenti stranieri (soprattutto dal Chapter 11 del Bankruptcy Code statunitense del 1978), il legislatore del 2005, all'esito di un lungo e sofferto travaglio, ha configurato il concordato preventivo come uno strumento di composizione e di superamento della crisi mediante l'accordo tra debitore e creditori, accordo che, libero da percentuali minime obbligatorie di soddisfazione dei creditori (almeno il 40% nella vecchia legge), si può articolare nel modo più diverso.

Su questa libertà di determinazione del contenuto dell'accordo si fonda una delle novità più spinte della riforma, il superamento del principio, sinora ritenuto intangibile, della *par condicio creditorum*. E' infatti prevista, come novità più rilevante, la suddivisione dei creditori in classi la possibilità di offerte di contenuto diverso alle varie "classi" di creditori. Per esempio, ad una o più classi di creditori essere offerta la conversione di tutto il credito, o di una sua parte, in quote di capitale o in altri strumenti finanziari; ad alcune classi (si pensi ai creditori per ammontare modestissimo) può addirittura essere offerto il pagamento integrale per giungere ad avere pochi, o pochissimi, interlocutori con i quali interagire in modo più snello e rapido; ad altre può essere offerto un pagamento dilazionato o particolarmente decurtato, come può accadere per i fornitori interessati a proseguire il rapporto commerciale con l'imprenditore. Anche i creditori privilegiati potrebbero avere interesse ad un pagamento parziale, ma rispondente all'effettivo ricavo dal bene vincolato dalla garanzia: si pensi al creditore ipotecario il cui credito sia garantito solo in parte dal bene ipotecato, per cui sia nella sostanza parzialmente un creditore chirografario, ed a tutti i creditori assistiti da un privilegio generale o speciale su beni non più esistenti nel patrimonio.

Non va dimenticato che proprio questo era uno dei problemi che ostavano alla proposta di molti concordati: l'ammontare dei crediti privilegiati che non teneva conto dell'effettiva realizzabilità del privilegio. Ma questo è un problema sul quale torneremo.

L'iniziativa è attribuita esclusivamente all'imprenditore, che meglio di chiunque altro può valutare l'opportunità di un accordo con i creditori anche in assenza di sintomi esteriori dell'insolvenza, quindi tempestivamente. Inutile dire, e l'esperienza lo dimostra quotidianamente, che il ricorso tempestivo alla procedura è la miglior garanzia del suo successo. Mancano, però, nel nostro sistema – e questo è uno dei

motivi di maggiori critiche da parte della dottrina – i sistemi di prevenzione e di allerta presenti invece in altri ordinamenti e segnatamente in quello francese.

L'unico requisito soggettivo richiesto dalla norma nella versione riformata è la qualità di imprenditore commerciale soggetto a fallimento (quindi, non piccolo), sia individuale che collettivo. E' stata infatti completamente superata la visione del concordato come vantaggio riservato all'imprenditore onesto, ma sfortunato, per cui può esservi ammesso anche l'imprenditore non iscritto nel registro delle imprese.

Non è più richiesta la regolare tenuta della contabilità, che costituiva prima requisito imprescindibile per la proposizione della domanda concordataria.

Non è richiesta più neppure, sorprendentemente, l'assenza di condanna per delitti di bancarotta ovvero contro la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio.

In sostanza, sono stati eliminati i presupposti di meritevolezza: è la conferma che il concordato non è più un beneficio riservato all'imprenditore meritevole, ma piuttosto uno strumento per superare la crisi volto non solo a salvaguardare l'interesse particolare dell'impresa, ma quello più generale dell'economia a recuperare l'impresa stessa o, comunque, l'imprenditore come soggetto attivo sul mercato.

In primo luogo, l'imprenditore che propone ai creditori una soluzione concordataria deve trovarsi in "stato di crisi". L'abrogata disciplina richiedeva lo stato di insolvenza, quindi lo stesso requisito su cui poggia la dichiarazione di fallimento, rispetto alla quale il concordato si poneva, e si pone, come alternativa favorevole per l'imprenditore e per i creditori.

Lo stato di crisi, del quale il legislatore non fornisce la definizione, è uno status ricco di sfumature, che ricomprende la vera e propria insolvenza, irreversibile, ma può anche essere solo uno stato di squilibrio economico finanziario che pone l'impresa a rischio di insolvenza e che l'imprenditore non riesce a superare attraverso gli istituti ordinari della ristrutturazione dei debiti e con l'ordinario ricorso al credito.

Il debitore può sottoporre ai creditori un piano concordatario che deve essere contraddistinto dai requisiti della fattibilità e della veridicità dei dati in esso contenuti e può prevedere alternativamente:

- la continuazione dell'esercizio dell'impresa in capo al medesimo imprenditore;
- l'attribuzione dei beni dell'impresa ad un assuntore, il quale può a sua volta decidere se continuarne, o meno, l'esercizio.

Ove l'imprenditore scelga la prima delle due alternative considerate, il piano deve necessariamente contemplare la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi modalità attuativa (cessione dei beni, accollo ed operazioni straordinarie di varia natura), che deve comunque implicare cambiamenti della natura, della durata e/o dell'entità dei crediti, ovvero comportare una sostanziale modifica dei rapporti giuridici in corso al momento della presentazione della domanda tra i creditori (o categorie di creditori) e l'imprenditore in crisi.

La ristrutturazione dei crediti può consistere tanto nel rimborso parziale di alcune classi di creditori, quanto nel differimento dei tempi di rimborso di tutte (o solo di alcune) le classi di creditori, così da convertire, per esempio, i crediti che al momento della presentazione della proposta di concordato erano crediti di "funzionamento" a breve termine in veri e propri crediti di "finanziamento" a medio e lungo termine.

Ricorrendo la seconda alternativa il piano deve esplicitare le modalità con cui l'assuntore intende adempiere al concordato. E' espressamente prevista la possibilità che siano gli stessi creditori, ed anche i dipendenti, a proporsi come assuntori, anche per tramite di società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura.

In ogni caso che, tanto ricorrendo all'alternativa sub a), quanto all'alternativa sub b), il piano sembrerebbe comunque dover prevedere il soddisfacimento integrale dei creditori privilegiati, che, non essendo chiamati ad esprimere il voto, non possono risultare danneggiati; il pagamento di questa classe di creditori può anche essere dilazionato, purché sia garantita la corresponsione degli interessi. Anche se non mancano interpretazioni più innovative che ammettono un soddisfacimento parziale anche dei creditori privilegiati, come del resto il legislatore ha previsto espressamente per il concordato fallimentare.

La suddivisione dei creditori in classi è, come s'è detto, istituto mutuato dal Chapter 11 del Bankruptcy Code statunitense del 1978; esso ha il duplice scopo di semplificare le trattative tra il debitore ed i creditori in vista dell'ottenimento delle adesioni al piano nei termini e nella maggioranza richiesta dal legislatore e le conseguenti operazioni di voto, nonché di facilitare la predisposizione e la realizzazione del piano attraverso trattamenti differenziati delle classi. Completa la funzione della suddivisione in classi l'applicazione della regola del cram down, che consente al tribunale di superare il dissenso di uno o più creditori o di una o più

classi di creditori, a condizione che ai creditori dissenzienti sia assicurato comunque un trattamento non peggiore rispetto a quello conseguente “alle alternative concretamente praticabili”, ossia al fallimento.

I criteri indicati dalla norma per la suddivisione in classi sono la omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici.

La formulazione della norma, volutamente ampia e generale, permette di configurare classificazioni diversificate. Per addentrarci nelle varie suddivisioni possibili, la più semplice è quella fondata sulla omogeneità di posizione giuridica e prevede la suddivisione dei creditori nelle classiche categorie di privilegiati e concorsuali, laddove diviene sufficiente, per l’approvazione del piano, il voto favorevole della maggioranza semplice dei creditori chirografari. Naturalmente, il creditore privilegiato che rinunci in tutto o in parte alla prelazione si colloca automaticamente, ai soli fini del concordato, tra i chirografari. L’“interesse economico” deve invece essere posto in relazione alla categoria di appartenenza economica dei creditori, all’importanza di ciascun credito in relazione all’indebitamento complessivo dell’impresa in crisi, ovvero al ruolo che specifici creditori (pur se appartenenti a differenti categorie economiche) possono assumere in relazione alle ipotesi di futuro sviluppo e continuazione dell’azienda. Sarà quindi un criterio sostanzialmente oggettivo, ma che andrà considerato in relazione alla realtà specifica dell’impresa.

La suddivisione per “interesse economico” potrebbe, quindi, essere operata effettuando distinzioni del tipo:

- banche / fornitori di beni / fornitori di servizi / etc.

(oppure):

- crediti di trascurabile valore unitario / crediti di più rilevante valore unitario

(oppure):

- crediti riferibili ad un ramo aziendale la cui attività verrà proseguita ed implementata / crediti relativi a rami aziendali da dismettere

Il debitore deve depositare con il ricorso una serie di documenti, ed in particolare un’aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell’impresa in crisi, corredata dallo stato analitico ed estimativo delle attività, dall’elenco nominativo dei creditori (con la precisazione degli importi dovuti e delle cause di prelazione), nonché dall’elenco dei titolari di diritti reali o personali su beni di proprietà dell’imprenditore o sui beni di cui l’imprenditore comunque dispone.

Nel caso di impresa condotta in forma societaria con soci illimitatamente responsabili, con il ricorso deve anche essere prodotto l'elenco dei creditori particolari di detti soci ed indicato il valore dei beni appartenenti ai medesimi.

Il piano e la documentazione prodotta con il ricorso debbono essere accompagnati dalla relazione di un professionista, scelto tra quelli che possono assumere la carica di curatore (ossia professionisti iscritti all'albo degli avvocati, dei dottori commercialisti o dei ragionieri commercialisti e, dopo la riforma, anche studi associati, società di professionisti e manager qualificati), che attesti la veridicità dei dati rappresentati dal debitore e la fattibilità del piano proposto, ossia la concreta realizzabilità della proposta.

Dunque, sono chieste due ulteriori condizioni per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo. In primo luogo, che i dati forniti (e la situazione rappresentata) dall'imprenditore siano veritieri. Ciò sta a significare che quanto rappresentato dal debitore deve fornire un quadro fedele della situazione patrimoniale, economica e finanziaria in cui versa l'impresa in crisi. Il concetto di veridicità riferito allo "stato analitico dei beni" va invece inteso nel senso che la descrizione e l'elencazione delle attività devono essere complete, sufficientemente analitiche (al fine di consentire l'immediata comprensione della natura dei diversi assets che compongono il patrimonio aziendale e dei vincoli di complementarietà che li legano). La relativa valutazione dei beni deve infine essere corretta, nel senso che andranno evitate sopravvalutazioni e/o sottovalutazioni.

Considerazioni del tutto analoghe possono essere fatte per l'elenco dei creditori, nel quale tutti i debiti andranno analiticamente rappresentati evidenziando – per una corretta valutazione delle singole posizioni – oltre agli eventuali diritti di prelazione, le partite per le quali potrebbe essere operata la compensazione.

In secondo luogo, la norma stabilisce che la relazione del professionista, oltre alla veridicità dei dati aziendali, deve attestare la fattibilità del piano su cui si basa la proposta del debitore, nel senso che il professionista deve esprimere un motivato parere nel quale deve dare atto della attendibilità, della sostenibilità e della coerenza del piano, evidenziandone gli eventuali aspetti critici.

Innanzitutto il piano potrà essere considerato "attendibile" se formulato sulla base di ipotesi realistiche e giustificabili e se riporta dei risultati finali ragionevolmente conseguibili.

Per valutare l'attendibilità del piano, il professionista incaricato dovrà pertanto verificare se lo stesso si presenta:

- compatibile con le dinamiche competitive del settore di riferimento in cui opera l'impresa in crisi (andamento della domanda e delle quote di mercato, tendenze in atto, comportamento dei competitors, contesto normativo, contesto tecnologico, etc.);
- confrontabile con i risultati storici, nel senso che quanto più i risultati proposti nel piano differiscono (in meglio) da quelli passati, tanto più sarà necessario che siano forniti dal debitore elementi a sostegno della loro credibilità;
- caratterizzato da un elevato grado di visibilità, intesa come possibilità di cogliere direttamente dal piano che i risultati preventivati sono già in corso di formazione, o che manca poco perché gli stessi risultati inizino a prodursi, così da rendere elevata la probabilità che le previsioni fatte possano realmente concretizzarsi.

Il piano proposto dal debitore dovrà inoltre apparire "sostenibile".

La sostenibilità andrà considerata in relazione alle modalità attuative con cui l'imprenditore ritiene di poter conseguire gli obiettivi prefissati. Sotto questo profilo, la relazione del professionista non potrà pertanto prescindere dal considerare la quantità e la qualità delle risorse (finanziarie e manageriali) disponibili e riferire se dette risorse, unitamente a quelle che si renderanno disponibili nel corso della procedura, siano, o meno adeguate a consentire la realizzazione del piano.

Il piano dovrà infine apparire "coerente".

Nella relazione del professionista dovranno inoltre essere trattati, in modo chiaro, gli aspetti critici del piano e formulato un giudizio sugli interventi in rettifica che il debitore ritiene di poter porre in essere al verificarsi degli eventi sfavorevoli.

Sul piano proposto dal debitore il tribunale deve formulare un primo giudizio di ammissibilità che sembra avere contenuto esclusivamente formale, dovendo riguardare solo la completezza e la regolarità della documentazione, accompagnata, peraltro, dalla relazione del professionista che deve aver compiuto un controllo ben più pregnante.

Un altro momento di controllo è attribuito al tribunale: se il debitore ha previsto la suddivisione dei creditori in classi, il tribunale deve valutare previamente la "correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi". La verifica è in questo caso volta ad evitare che vi sia un utilizzo strumentale della suddivisione, per cui il tribunale è in primo luogo chiamato ad accertare che la suddivisione in classi sia

effettivamente improntata ai criteri di identità di posizione giuridica e di omogeneità di interessi economici all'interno di ciascuna classe. In secondo luogo, il tribunale deve verificare se la suddivisione in classi operata dal creditore debitore è funzionale ad una corretta formazione delle maggioranze richieste per l'approvazione del piano e coerente con gli obiettivi su cui si basa la proposta di concordato preventivo.

Se entrambi i controlli hanno esito positivo il tribunale con un decreto motivato dichiara aperta la procedura, nomina il giudice delegato, il commissario giudiziale e fissa l'adunanza dei creditori per la votazione.

Il commissario giudiziale è un organo consultivo e di controllo.

Spettano in particolare al commissario giudiziale, che viene definito espressamente pubblico ufficiale ed è considerato non un semplice ausiliario, ma un vero e proprio organo della procedura:

- la vigilanza sulla gestione del patrimonio e sull'esercizio dell'impresa da parte del debitore;
- la verifica dell'elenco dei creditori e dei debitori sulla scorta delle scritture contabili;
- la comunicazione ai creditori della data di convocazione;
- la redazione di una prima relazione volta ad informare i creditori prima del voto ed una seconda definitiva nel giudizio di omologa;
- la sorveglianza sull'adempimento del concordato.

In caso di ammissione al concordato preventivo il debitore conserva la gestione dell'impresa, ma è soggetto alla vigilanza del commissario. L'apertura della procedura non comporta, infatti, uno spossessamento analogo a quello che si verifica a seguito della dichiarazione di fallimento, ma solo uno "spossessamento attenuato".

L'imprenditore ammesso alla procedura di concordato preventivo conserva la legittimazione processuale, sia attiva che passiva. Questo comporta che, se un creditore non ha visto riconosciuta la sua pretesa dal commissario giudiziale, che procede alla verifica dei crediti, deve proporre un giudizio ordinario nei confronti dell'imprenditore, per ottenere un titolo da opporre al commissario.

Il deposito del ricorso produce come effetto primo la impermeabilità del patrimonio del debitore alle azioni esecutive individuali, che non possono più essere proposte a pena di nullità. La disposizione è volta ad impedire a tutti i creditori, la cui ragione di credito è sorta in epoca anteriore al decreto di ammissione alla procedura, di intraprendere, o proseguire, azioni esecutive sul patrimonio del debitore, e ciò sino

all'intervenuta omologazione del concordato. Va precisato in merito che è la semplice presentazione del ricorso a produrre per i creditori il divieto di promuovere, o proseguire, azioni esecutive: esso opera indipendentemente dalla loro conoscenza dell'inizio della procedura concordataria e indipendentemente anche dalla pubblicità del decreto di ammissione alla procedura.

Il divieto di azioni esecutive non si estende a quelle di cognizione, dirette ad accertare il credito ed ottenere la formazione di un titolo esecutivo. Infatti, poiché nel concordato preventivo non esiste un procedimento di verifica dei crediti, eventuali contestazioni sull'esistenza e sull'ammontare di una pretesa creditoria devono essere risolte con un ordinario processo di cognizione, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato preventivo.

Il commissario giudiziale può, anzi deve, acquisire le scritture contabili e, sulla base delle stesse, procedere alla verifica dell'elenco dei creditori e dei debitori, che deve accompagnare anche la "nuova" domanda.

D'altro canto, lo scopo delle operazioni di verifica non è solo quello di individuare tutti i creditori al fine di inviare loro la comunicazione, ma anche quello di accertare eventuali omissioni del debitore nella denuncia dei creditori o l'esposizione di passività inesistenti, il che può condurre alla dichiarazione di fallimento.

Nel concordato preventivo non è previsto un vero e proprio accertamento giudiziale del passivo, sia pure nei termini di sommaria cognizione previsti per il fallimento. Infatti, il commissario giudiziale procede ad una semplice verifica di tipo amministrativo, il cui scopo è solo quello di determinare quali creditori abbiano diritto di partecipare al voto. Deve poi inviare comunicare ai creditori la data in cui si terrà l'adunanza dei creditori per l'espressione di voto.

Il commissario giudiziale redige poi l'inventario del patrimonio del debitore e una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore e sulle proposte di concordato e la deposita in cancelleria almeno tre giorni prima dell'adunanza dei creditori.

La relazione particolareggiata sulle cause del dissesto e sulla proposta di concordato ha il fine di illustrare ai creditori ed al tribunale la complessiva situazione economica-giuridica del debitore, evidenziando, in particolare, la convenienza del concordato preventivo rispetto al fallimento.

Se il commissario accerta che il debitore ha dolosamente occultato o dissimulato parte dell'attivo, omesso uno o più crediti, esposto passività inesistenti ovvero

commesso altri atti di frode deve riferire immediatamente al giudice delegato che deve promuovere la dichiarazione di fallimento.

All'adunanza dei creditori, che è presieduta dal giudice delegato, assistito dal cancelliere, devono obbligatoriamente intervenire il commissario giudiziale ed il debitore o chi ne ha la legale rappresentanza.

Nell'adunanza dei creditori il commissario giudiziale illustra la sua relazione e le proposte definitive del debitore. Nell'illustrare la propria relazione, il commissario fornisce chiarimenti sulla proposta concordataria, che al momento dell'adunanza assume carattere definitivo. Quindi, la votazione espressa dall'adunanza costituisce il termine ultimo per apportare modifiche alla proposta.

Ciascun creditore può esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibile o accettabile la proposta di concordato e sollevare contestazioni sui crediti concorrenti. Il debitore ha facoltà di rispondere e contestare a sua volta i crediti, e ha il dovere di fornire al giudice gli opportuni chiarimenti.

Anche al debitore è concesso di intervenire per contestare la sussistenza di un credito o la titolarità di un diritto. Egli ha inoltre l'obbligo di fornire al giudice tutti i chiarimenti richiesti.

Il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto nella classe medesima.

Il tribunale, riscontrata in ogni caso la maggioranza assoluta dei crediti ammessi al voto, può approvare il concordato nonostante il dissenso di una o più classi di creditori, se la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato e qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ancorché la garanzia sia contestata, non hanno diritto al voto se non rinunciano, anche parzialmente, al diritto di prelazione.

Nei venti giorni successivi possono giungere in cancelleria ulteriori adesioni dei creditori anche per corrispondenza.

Se nel termine stabilito (20 giorni dolo l'adunanza) non è raggiunta la maggioranza prevista, il giudice delegato deve riferire immediatamente al tribunale, affinché provveda a dichiarare il fallimento del debitore.

Se invece la proposta è approvata dalla maggioranza dei creditori, il giudice delegato rimette le parti al Collegio per l'omologa del concordato fissando l'udienza per la discussione.

Il debitore, il commissario giudiziale, gli eventuali creditori dissenzienti e qualsiasi interessato devono costituirsi nel giudizio di omologa ed il commissario giudiziale deve depositare il proprio motivato parere.

Il tribunale, nel contraddittorio delle parti, assume anche d'ufficio tutte le informazioni e le prove necessarie, quindi omologa il concordato ovvero respinge la domanda, se ritiene fondate le opposizioni .

Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato. Tuttavia essi conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso. Salvo patto contrario, il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili.

Il concordato non si esaurisce quindi in un accordo negoziale, in quanto gli effetti esdebitatori valgono nei riguardi di tutti i creditori, compresi anche quelli dissenzienti, esclusi o assenti e per i creditori accertati giudizialmente in una fase successiva al processo di omologa, nonché per le obbligazioni sottoposte a termine o condizione avveratasi dopo l'omologa. Tutti i creditori chirografari per titolo o per causa anteriore al decreto di ammissione alla procedura subiscono la riduzione del proprio credito in base a quanto stabilito nel concordato, anche se non hanno partecipato alla deliberazione o non siano stati ricompresi nell'elenco verificato del commissario giudiziale.

Invece, crediti derivanti da obbligazioni sorte durante il concordato, sempre che strumentali alla gestione della procedura, sono prededucibili nell'eventuale fallimento consecutivo.

Dopo l'omologazione del concordato, il commissario giudiziale ne sorveglia l'adempimento, secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione. L'esecuzione che nel concordato per garanzia è opera del debitore e dei suoi garanti, mentre nel concordato per cessione dei beni spetta al liquidatore nominato dal tribunale, assistito dal comitato dei creditori.

Con l'omologazione del concordato preventivo, le funzioni di ingerenza attiva del commissario giudiziale e del giudice delegato si esauriscono, diventando mere funzioni di supervisione e di controllo sull'adempimento.

Nel concordato per garanzia il controllo si limiterà alla verifica dell'adempimento alle scadenze previste ed, in particolare, del pagamento della percentuale concordataria entro i termini.

Nel concordato per cessione, tale controllo è significativamente più attivo, sino a concretizzarsi in poteri di indirizzo per ciò che concerne la rispondenza dell'attività liquidatoria con quanto stabilito in sede di omologa.

La riforma ha introdotto anche una nuova procedura fondata sull'accordo tra debitore e creditori, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, che è una procedura semplificata di definizione dei rapporti con il ceto creditorio sul presupposto che l'imprenditore versi in stato di crisi, ovvero di vera e propria insolvenza.

Il presupposto è quindi comune al concordato.

L'accordo deve essere accompagnato da una domanda - alla cui presentazione è legittimato, anche in questo caso, esclusivamente l'imprenditore - con la quale il debitore espone le ragioni della domanda, dà atto di aver raggiunto un accordo con il 60% dei suoi creditori (e non è escluso che tra gli aderenti compaiano anche i creditori privilegiati, che potrebbero anche accontentarsi di un pagamento ridotto) e ne chiede l'omologazione del tribunale; al ricorso deve essere allegato l'accordo, o il fascio di accordi raggiunti con quella quota di creditori, nonché tutta la documentazione prevista per il concordato preventivo; anche in questo caso la domanda deve essere accompagnata dalla relazione di un esperto. In relazione alle caratteristiche professionali dell'esperto, la norma nulla prescrive: se ne potrebbe dedurre che l'esperto, oltre che professionista in possesso dei requisiti per la nomina a curatore, possa essere anche, secondo le previsioni della legge delega per la riforma organica della legge fallimentare per i curatori, una società di professionisti e, forse, come propone parte della dottrina, anche un soggetto di "comprovate capacità manageriali".

La relazione deve avere un contenuto specifico e riguardare l'"attuabilità" del piano, "con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare 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: essi debbono essere pagati “regolarmente”, ossia, l’interpretazione che pare preferibile, integralmente ed alle scadenze pattuite.

Milita a favore di questa tesi la circostanza che i creditori estranei, non essendo chiamati a votare, hanno come difesa unica l’opposizione, che deve, a pena di decadenza, essere proposta entro un termine piuttosto breve (trenta giorni) a decorrere da un evento del quale non si può presumere la conoscenza, la pubblicazione dell’accordo nel registro delle imprese.

Secondo l’altra interpretazione possibile, la locuzione “regolare pagamento dei creditori estranei” all’accordo dovrebbe essere intesa come pagamento secondo le regole stabilite nell’accordo omologato. Quindi, nella stessa percentuale e con le stesse cadenze temporali concordate con i creditori aderenti all’accordo. Ed in effetti, questa sembra la soluzione più efficace, l’unica in grado di rendere lo strumento funzionante, poiché il pagamento integrale del 40% dei crediti (quelli che possono essere rimasti estranei all’accordo) potrebbe risultare una condizione molto pesante per l’imprenditore, tale da rendere praticamente inattuabile ogni accordo. Mentre una proposta ragionevole, che rappresenti un’alternativa conveniente ad altre soluzioni (e non solo al fallimento) ben potrebbe vincolare tutti i creditori se approvata da una parte qualificata degli stessi (60%), purché agli altri sia assicurato un efficace ed effettivo strumento di opposizione.

Quindi, se è fondata la prima interpretazione, a differenza del piano approvato successivamente alla sua presentazione nell’ambito della procedura di concordato preventivo, l’accordo che prelude all’omologazione in via semplificata vincola solo i creditori aderenti, come un concordato stragiudiziale. Se, invece, fosse fondata la seconda, l’accordo, pur conservando la sua natura contrattuale, in virtù dell’omologazione, vincolerebbe tutti i creditori.

L’accordo, una volta ottenuto il consenso del 60% 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. Strumentale alla proposizione di opposizioni da parte dei creditori

e di “ogni altro interessato” è la pubblicità imposta all'accordo: esso deve essere pubblicato nel registro delle imprese, e dalla data della pubblicazione decorre il termine di trenta giorni per la proposizione dell'opposizione. Poiché non è detto che l'imprenditore consulti tutti i creditori prima di depositare l'accordo in tribunale per l'omologazione, essendo sufficiente che egli abbia raccolto il consenso preventivo dei creditori che rappresentino il 60% dei crediti, individuare nella pubblicazione nel registro delle imprese il dies a quo per la proposizione dell'opposizione per i creditori e per ogni altro interessato può essere lesivo del diritto di difesa, soprattutto dei primi. E solo l'assicurazione del pagamento integrale potrebbe far ritenere superato l'interesse all'opposizione.

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, che il legislatore non si è preoccupato di regolare neppure nelle sue linee essenziali. Si deve ritenere che, depositato il ricorso e nominato il giudice relatore, questi proceda all'istruzione della domanda, nominando, se necessario, un consulente tecnico e riferisca poi al tribunale. Questo fisserà l'udienza per la comparizione del debitore e degli eventuali oppositori.

Il controllo del tribunale, in assenza di opposizioni, è di mera regolarità formale, dovendo lo stesso verificare in primo luogo la ritualità dell'approvazione della proposta, sia per quanto riguarda le modalità di espressione del consenso, sia per quanto attiene al calcolo della maggioranza richiesta. Ci si potrebbe chiedere a quale momento vada riferita questa maggioranza, poiché – trattandosi di un'impresa in esercizio – essa può essere apprezzabilmente diversa alla data di raccolta dei consensi e alla data del deposito dell'accordo. Quest'ultimo sembra, però, il momento rilevante.

Il tribunale verificherà poi che alla dichiarazione sia stata allegata tutta la documentazione prevista, nonché la relazione dell'esperto. Questa, come s'è detto, dovrà attestare che il piano sia attuabile, ossia che le risorse disponibili siano tali da assicurare il soddisfacimento dei creditori aderenti nella misura e con le modalità (anche temporali) concordate. E, per quanto riguarda i creditori estranei, secondo l'interpretazione preferibile dell'istituto, tali da assicurarne l'integrale pagamento.

L'assenza della figura del commissario giudiziale non permette neppure quel limitato controllo precedente all'omologazione che è assicurato nel concordato preventivo.

Il giudizio si chiude con un decreto motivato che omologa l'accordo. Se, invece, sono state proposte opposizioni, il giudizio deve riguardare anche queste. 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 (o del tutto pari a quello riservato ai creditori assenzienti, se si accede alla tesi alternativa sopra riferita) pagamento dei creditori rimasti estranei all'accordo o perché non hanno ritenuto di aderirvi o perché non siano stati neppure consultati dal debitore.

Forse è proprio in ordine a detta relazione che il tribunale può esprimere un giudizio di merito, ove l'attestazione di attuabilità del piano appaia prima facie infondata. 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.

L'accordo ha il grande pregio di poter restare segreto anche ad una parte considerevole dei creditori (il 40%). Naturalmente, l'esecuzione dell'accordo potrebbe avvenire anche in via esclusivamente stragiudiziale, ma con l'esposizione del debitore e dei creditori ai rischi sopra indicati: il rischio di azioni esecutive individuali, che potrebbero vanificare la realizzazione del piano; quello di incriminazione penale per bancarotta preferenziale; i creditori, poi, rischierebbero azioni revocatorie dall'esito assai verosimilmente sfavorevole.

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 quale protezione? Sicuramente dalla revocatoria, giacché anche gli atti compiuti in esecuzione di un accordo di ristrutturazione omologato sono sottratti alla revocatoria ai sensi

della lettera e) dell'art. 67 l. f., che disciplina la azione revocatoria fallimentare. Ma questo solo successivamente all'omologazione. Per cui, se l'accordo non viene omologato, tutti gli atti eventualmente già posti in essere dal debitore (poiché è possibile, anzi probabile, che l'esercizio dell'impresa continui) sono soggetti all'azione revocatoria.

Non pare si possa dire che l'accordo assicuri protezione contro azioni individuali dei creditori, neppure dopo il deposito dell'accordo stesso presso il registro delle imprese. Gli effetti dell'accordo infatti sono limitati alla sfera giuridica delle parti aderenti all'accordo. I creditori estranei restano invece liberi di agire coattivamente per ottenere tutela giudiziaria del loro credito.

Quindi, questo tipo di accordo si colloca in posizione intermedia tra il concordato preventivo, che vede solo fasi scandite dal controllo giudiziario, e l'accordo stragiudiziale, che si muove tutto sul piano privatistico, nel senso che esso passa per una prima fase stragiudiziale, ma poi deve ottenere l'imprimatur del tribunale.

E' discusso, dai primi commentatori, se l'accordo costituisca una particolare forma di concordato, ovvero un'alternativa ad esso, dalle caratteristiche ancor più accentuatamente contrattuali. La soluzione ha effetti di grande rilievo soprattutto ai fini della protezione del patrimonio, poiché se si ritiene che quella i esame sia una forma semplificata di concordato, il deposito dell'accordo nella cancelleria del tribunale fallimentare spiegherà gli effetti propri del concordato ed in particolare che "dalla data della presentazione della presentazione del ricorso e fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del concordato, i creditori per titolo o causa anteriore al decreto non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore".

Non solo, anche sotto il profilo fiscale si avrebbero importanti ricadute, poiché non sarebbero assoggettate a tassazione, come componenti del reddito, le sopravvenienze attive derivanti dalle rinunzie parziali ai propri crediti da parte dei creditori aderenti all'accordo.

Infine, il novellato art. 67, che disciplina numerosi casi di esenzione dalla revocatoria, e che costituisce una delle grandi novità della riforma, introduce una terza figura di soluzione concordata delle crisi; la disposizione prevede, infatti, che non sono soggetti all'azione revocatoria gli atti, i pagamenti e le

garanzie concesse su beni del debitore 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 ai sensi dell'art. 2501 bis, quarto comma, del codice civile, in tema di fusione.

E' evidente che il piano di cui si parla è un concordato stragiudiziale, che consenta al debitore di rinegoziare nel modo più ampio e con le modalità più varie l'intera esposizione debitoria e di conseguire così il riequilibrio della situazione finanziaria dell'impresa. Quindi si tratta di casi in cui l'impresa si trova in una situazione che ancora consente il risanamento. Secondo una certa interpretazione, ne resterebbero esclusi i casi in cui è possibile solo la liquidazione delle attività ed il conseguente pagamento dei debiti, che potranno essere risolti attraverso l'accesso ad un concordato preventivo o agli accordi di ristrutturazione.

Rapidamente, il risanamento dell'esposizione debitoria è la riduzione dell'indebitamento che si realizza mediante nuovi apporti dei soci, mediante il realizzo di attività patrimoniali che non afferiscano al core business dell'impresa, il consolidamento dei debiti con rinuncia parziali dei creditori al capitale o agli interessi, la conversione dei crediti in capitale, la concessione di nuova finanza, il pactum de non petendo che garantisca la moratoria dei pagamenti e l'astensione dalle azioni esecutive per tutto il periodo in cui il piano avrà attuazione. Il riequilibrio della situazione finanziaria si raggiunge quando la situazione finanziaria e quella di liquidità sono in grado di migliorare per effetto della gestione ed è pertanto connesso al riequilibrio dell'impresa.

In mancanza dell'intervento di garanzia del tribunale e, in attuazione di una nuova linea di tendenza che, correlativamente all'affievolimento delle garanzie giurisdizionali, richiede l'intervento di un professionista, la esenzione dalla revocatoria è condizionata all'attestazione di un esperto che certifichi, in questo caso, la ragionevolezza del piano. Come abbiamo visto, la figura dell'esperto, con varie caratteristiche e vari compiti, la si ritrova anche nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione.

Il riferimento alla ragionevolezza del piano lascia perplessi, poiché non sarà facile riempire di contenuti concreti la formula così ampia e generica, che potrebbe consentire all'esperto nominato di "approvare", ritenendolo

ragionevole, qualsiasi piano. Salva, naturalmente, la sua responsabilità in caso di fallimento del piano o di fallimento dell'imprenditore.

Val la pena di ricordare che, a proposito del concordato preventivo, la relazione dell'esperto deve, ai sensi dell'art. 161, la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano e, per gli accordi di ristrutturazione, l'attuabilità del piano stesso, soprattutto in relazione alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamenti dei creditori estranei all'accordo.

La norma in esame, invece, è parallela all'art. 2501 bis del codice civile espressamente richiamato che, in tema di fusione a seguito di acquisizione con indebitamento, richiede la relazione di un esperto, iscritto nell'albo dei revisori contabili o tra le società di revisione iscritte nell'apposito albo, che attesti la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione". Ci si chiede se il sistema dei richiami si debba estendere anche all'art. 2501 sexies che dispone che – nel caso in cui il debitore sia una S.p.A. o una quotata. – la nomina del revisore o della società di revisione spetti al presidente del tribunale. Il che rinvia, a sua volta, alla disciplina sanzionatoria tipica prevista dall'art. 64 c. p. c., che per i consulenti tecnici nominati dal giudice prevede l'applicazione delle disposizioni del codice penale relative ai periti. In particolare, risulterebbe applicabile l'art. 373 c. p., relativo alla falsa perizia falsa, inapplicabile per le ipotesi di nomina dell'esperto da parte del debitore.

Purtroppo la chiarezza non è la dote precipua del nuovo legislatore italiano.

Per concludere, è significativo riepilogare quale sia il regime ricollegato a ciascuna figura di soluzione della crisi proprio in relazione al regime di esenzione dall'azione revocatoria, sia essa fallimentare che ordinaria (quest'ultimo profilo è stato poco esplorato dalla elaborazione dottrinale che si è venuta formare sin qui, ma la soluzione positiva appare la più probabile). Per il piano di risanamento stragiudiziale, si tratta di atti, pagamenti e garanzie concesse su beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano. Quindi, si deve ritenere, per individuare un momento preciso, dopo che l'esperto abbia attestato la ragionevolezza del piano e l'imprenditore debitore inizi a dargli attuazione.

Per gli accordi di ristrutturazione, la norma estende l'esenzione agli atti, ai pagamenti ed alle garanzie concesse in esecuzione dell'accordo omologato, per cui restano soggetti alla revocatoria tutti gli atti precedenti; il che assicura

che, quanto meno siano state vagliate e superate le eventuali opposizioni dei creditori estranei all'accordo; per quanto attiene, infine, al concordato preventivo, sono sottratti a revocatoria tutti gli atti posti in essere in esecuzione del concordato, nonché tutti i pagamenti eseguiti per remunerare servizi strumentali (soprattutto professionali) all'accesso alle due procedure.

Funzioneranno le nuove norme? Difficile dirlo, perché quello che manca in Italia è la cultura dell'impresa; bisognerebbe far capire all'imprenditore italiano che è suo dovere far emergere tempestivamente la crisi, prima che diventi irreversibile. Abbiamo fatto nostra la cultura americana, che però si fonda su alcuni principi etici molto forti; forse trapiantarli nel nostro sistema senza inserire appositi sistemi di controllo può rivelarsi inutile. Lo stesso può dirsi delle diverse relazioni richieste agli esperti in sostituzione del controllo dell'autorità giudiziaria. Gli esperti dovrebbero essere indipendenti, invece sono legati all'imprenditore insolvente da un rapporto contrattuale. In America c'è, peraltro, una cultura speciale dell'attestazione della verità, che il nostro ordinamento e, purtroppo, la nostra cultura non conoscono.