

[21.11.2012]

## **DIRITTO DELLA CRISI DELLE IMPRESE. LE PROCEDURE CONCORSUALI**

### ***Appendice di aggiornamento in relazione al d.l. n. 83/2012, conv. dalla l. n. 134/2012***

[I riferimenti, salvo che sia diversamente precisato, sono alla II<sup>a</sup> edizione, Bologna, 2012]

SOMMARIO: I – PREMESSA. -1. *Considerazioni introduttive.* II - IL FALLIMENTO -2. *Notazioni generali.* -3. *Le esenzioni dalla revocatoria fallimentare.* -4. *La consecuzione delle procedure.* -5. *Rapporti pendenti.* -6. *La prededucibilità.* III - IL CONCORDATO PREVENTIVO -7. *Notazioni generali.* -8. *La domanda.* -9. *Effetti della domanda.* -10. *Concordato preventivo e contratti pendenti.* -11. *Il finanziamento dell'impresa in crisi nel concordato preventivo.* -12. *Il concordato con continuità aziendale.* -13. *Votazione.* -14. *Segue. Vicende successive all'approvazione e variazione del voto.* -15. *Il giudizio di omologazione.* IV – GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE -16. *Rapporti fra concordato preventivo ed accordi.* -17. *L'art. 182-bis.* -18. *Finanziamenti e pagamento di crediti anteriori.* V – IL PROFESSIONISTA ATTESTATORE -19. *Notazioni generali.* -20. *Requisiti, compiti e responsabilità del professionista.* VI – PROCEDURE DI SOLUZIONE DELLE CRISI E SCIOGLIMENTO DELLE SOCIETÀ -21. *Riduzione del capitale per perdite e causa di scioglimento.* VII – L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DELLE GRANDI IMPRESE IN STATO DI INSOLVENZA -22. *Scelta degli esperti; compensi degli organi e degli ausiliari.* VIII – CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE -23. *Le “ombre” della nuova normativa.*

### **I – PREMESSA**

#### ***1. Considerazioni introduttive.***

Nel capitolo introduttivo (al § 8) si è sottolineato come la riforma “organica” del 2005-2007 sia tuttora in corso di completamento e si è ricordato come, successivamente all'entrata in vigore di tale riforma, il nostro legislatore, praticamente con cadenza annuale, abbia proceduto a “ritoccare” quella normativa, con modifiche di rilevanza, talora, non marginale. Nel 2012, il processo di “aggiustamento” è proseguito. Nel c.d. “decreto sviluppo”, il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, è stato infatti inserito all'art. 33 – la cui rubrica recita “Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale” – un articolato complesso di disposizioni modificative o integrative della disciplina vigente, volte – si precisa nella relazione di accompagnamento – “a migliorare l'efficienza dei procedimenti di composizione delle crisi d'impresa disciplinati dalla legge fallimentare, superando le criticità emerse in sede applicativa e promuovendo l'emersione anticipata della difficoltà di adempimento dell'imprenditore”; un complesso che è stato ulteriormente arricchito in sede di conversione, con la l. 7 agosto 2012, n. 134.

Certamente si tratta dell'intervento di più rilevante portata, dal punto di vista sia quantitativo sia qualitativo, fra quanti si sono succeduti dal 2008 ad oggi. Anche se – è il caso di avvertire subito – non bisogna lasciarsi fuorviare dalla rubrica dell'art. 33: la “revisione”, in funzione

dell'eliminazione delle "criticità" emerse in sede applicativa, ha riguardato non già l'intera legge fallimentare ma, essenzialmente, la parte di tale legge concernente le procedure o procedimenti alternativi, per dir così, al fallimento, cioè il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione.

Proprio per questa ragione vi è da dubitare che con questo intervento si possa ritenere conseguito l'obiettivo di quella "stabilità normativa" che, anche e proprio in materia di disciplina delle crisi delle imprese, costituisce (costituirebbe) di per sé un fattore di efficienza e che un legislatore serio dovrebbe *sempre* avere di mira.

Anche la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, contenuta com'è noto nel d.lgs. n. 270 del 1999, è stata coinvolta dall'"afflato" riformatore: con l'art. 50 del decreto in questione sono stati infatti ritoccati gli artt. 39, 41 e 47, in materia, rispettivamente, di criteri per la scelta dei commissari e degli esperti, di "ausiliari" del commissario straordinario, di compensi dei commissari e dei membri del comitato di sorveglianza.

## II - IL FALLIMENTO

### 2. *Notazioni generali.*

Come si è appena detto, il legislatore del 2012, con l'art. 33, ha inteso specificamente rivedere la disciplina del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, alla quale è in effetti dedicata la maggior parte delle disposizioni contenute in quell'articolo. Non mancano previsioni (poche) che riguardano il fallimento ed a talune delle quali deve riconoscersi rilevanza anche notevole: ma esse appaiono prevalentemente come una sorta di completamento (o complemento) dei nuovi assetti dati alle altre procedure o procedimenti.

### 3. *Le esenzioni dalla revocatoria fallimentare.*

La nuova legge è intervenuta, innanzi tutto, sull'art. 67, co. 3, l.fall. in materia di *esenzioni* dalla *revocatoria fallimentare* (§ 73).

A. La lett. *c*) del co. 3 stabiliva (e stabilisce) che non sono soggetti all'azione revocatoria «le vendite ed i preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'art. 2645-*bis* del codice civile, i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma terzo della suddetta disposizione, conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado». La disposizione è stata integrata estendendo l'esonero anche alle vendite ed ai preliminari di vendita aventi ad oggetto «immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, purchè alla data di dichiarazione di fallimento tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio».

Questa previsione solleva qualche perplessità. A parte, infatti, la sicura non assimilabilità della posizione dell'acquirente di un immobile destinato ad attività di impresa a quella dell'acquirente di un immobile destinato all'abitazione ed a parte l'improprio uso della locuzione "sede principale" (tale locuzione, pacificamente, designa il luogo dove venga svolta l'attività di *direzione* dell'impresa, mentre ai fini dell'esenzione quello che interessa è, palesemente, il luogo dove venga svolta l'*attività produttiva*), non si comprende perché in una normativa intesa a favorire la continuità aziendale nelle situazioni di crisi dell'impresa si sia ritenuto di inserire una disposizione volta a favorire la continuità aziendale di un'impresa *in bonis*.

B. La lett. *d*) del co. 3, che riguarda i c.d. *piani di risanamento attestati* (su cui v. § 210) è stata integralmente riformulata dalla nuova legge. Essa attualmente dispone che non sono soggetti all'azione revocatoria «gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purchè 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; un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lett. *a*) e *b*) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 cod. civ. e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore».

La nuova disposizione contiene due distinti nuclei precettivi. Il primo concerne appunto i piani di risanamento attestati; il secondo la figura del professionista attestatore. Di quest'ultimo ci occuperemo più avanti (*infra*, in questa Appendice, §§ 19-20); qui tratteremo solo del primo.

La disciplina dei piani in quanto tali è rimasta assolutamente immutata.

E' stato modificato, formalmente, l'oggetto dell'attestazione: non più la "ragionevolezza" del piano, ma la "fattibilità" del piano e la veridicità dei dati aziendali, secondo la formulazione che, originariamente prevista nel solo art. 161, è stata dal legislatore del 2012 sostanzialmente ripetuta anche nell'art. 182-*bis* (peraltro, secondo l'opinione preferibile, alle diverse espressioni doveva comunque assegnarsi una portata equivalente).

E' stato precisato – spazzando via i dubbi che l'equivoco riferimento all'art. 2501-*bis* c.c. aveva fatto sorgere – che il professionista deve essere scelto dal debitore.

Infine, si è stabilito che il piano *può* essere pubblicato nel registro delle imprese: è questa una novità importante, coerente con la linea volta al potenziamento della trasparenza di cui è espressione anche il nuovo co. 5 dell'art. 161 (dove si prevede la pubblicazione d'ufficio, nel registro delle imprese, della domanda di concordato preventivo) e tale da consentire di risolvere molti problemi, fra cui quello della *data* del piano. Peraltro, considerati gli interessi coinvolti dal(l'esecuzione del) piano, sarebbe forse stato meglio stabilire l'*obbligatorietà* della sua pubblicazione nel registro delle imprese; d'altra parte, la libertà di scelta in tal modo riconosciuta al debitore non può non essere vista come un'anomalia nel nostro sistema di pubblicità legale, al quale – ad avviso di chi scrive – sono del tutto estranee figure di iscrizione facoltativa.

In ogni caso, pur se la legge non lo precisa, è da ritenere che la pubblicazione debba comprendere anche la attestazione del professionista.

C. La lett. *e*) stabiliva (e stabilisce) che non sono soggetti all'azione revocatoria «gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, nonché dell'accordo omologato ai sensi dell'art. 182-*bis*». La nuova legge aggiunge (con scarso rispetto per l'italiano) «, nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161» (e, è da ritenere, fino all'omologazione del concordato). L'integrazione si connette al nuovo co. 7 dell'art. 161 che, in sostanza, fa decorrere fin dal momento del deposito del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo il regime di vincoli all'amministrazione dei beni da parte del debitore posto dall'art. 167 (in argomento v. *infra*, in questa Appendice, § 9).

#### 4. *La consecuzione delle procedure.*

Il legislatore del 2012 è intervenuto, poi, sull'art. 69-*bis*, sempre in materia di revocatoria: ne ha modificato la rubrica (divenuta ora «*Decadenza dall'azione e computo dei termini*») ed ha aggiunto un secondo comma per il quale «Nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli artt. 64, 65, 67, primo e secondo comma, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese».

La nuova disposizione – introdotta in sede di conversione – si riferisce alle ipotesi in cui, per qualsivoglia ragione, la procedura di concordato preventivo non abbia successo e, su istanza del creditore o su richiesta del p.m. ed all'esito dell'accertamento dei relativi presupposti, il tribunale dichiara il fallimento del debitore: cioè alle ipotesi di cui agli artt. 162, 173, 179, 186, 186-*bis*. Con essa viene formalmente recepita nel nostro ordinamento la c.d. *consecuzione* delle procedure, costruzione elaborata dalla giurisprudenza anteriormente alla riforma del 2005-2007 e consistente nella considerazione delle procedure succedutesi nel tempo a carico dello stesso debitore – concordato preventivo e fallimento e, un tempo, anche amministrazione controllata, concordato

preventivo e fallimento – come *fasi* di un'*unica* procedura, con tutta una serie di conseguenze fra cui, specificamente, appunto la decorrenza dei termini per la revocatoria fallimentare non dalla data della dichiarazione di fallimento ma da quella dell'apertura della procedura che il fallimento aveva preceduto. Tale costruzione era resa possibile e dall'identità del presupposto oggettivo di tutte le procedure coinvolte e dall'automaticità della dichiarazione di fallimento in tutti i casi di "insuccesso" della procedura anteriore: e proprio per questo si tendeva a ritenerla non riproponibile nel sistema scaturito dalla riforma, nel quale, da un lato, il presupposto oggettivo del concordato preventivo non è più identico a quello del fallimento e, dall'altro, il tribunale non può più dichiarare d'ufficio il fallimento nel caso di esito "patologico" del concordato preventivo (in argomento v. § 202). La Cassazione si era peraltro pronunciata di recente nel senso della "sopravvivenza" della consecuzione: e questa opinione il legislatore del 2012 ha ritenuto, più o meno acriticamente, di recepire.

#### 5. *Rapporti pendenti.*

In coerenza, infine, con la già vista modifica dell'art. 67, co. 3, lett. c) è stato modificato – sempre in sede di conversione del d.l. – l'art. 72, co. 8, in materia di rapporti pendenti, estendendo l'inapplicabilità della regola generale della sospensione prevista per il contratto preliminare di vendita avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo anche al contratto preliminare di vendita avente ad oggetto «un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente» (inapplicabilità non subordinata peraltro – a differenza dell'esonero da revocatoria – alla circostanza che tale attività sia effettivamente esercitata o siano stati compiuti investimenti per darvi inizio).

#### 6. *La prededucibilità.*

Si può chiudere il discorso sul fallimento sottolineando che il legislatore del 2012 – insistendo nella strada imboccata già nel 2010 – ha utilizzato ampiamente la *prededucibilità* come strumento per incentivare i terzi ad avere rapporti con l'impresa in crisi e, soprattutto, a finanziarla: v. gli artt. 161, co. 7, 182-*quater*, 182-*quinquies* (su cui v. *infra*, in questa Appendice, rispettivamente §§ 9 e 11). La prededucibilità, con riferimento al concordato preventivo ed agli accordi di ristrutturazione, rileva essenzialmente nell'ipotesi che all'uno o agli altri segua il fallimento: come conferma del resto l'espresso riferimento all'art. 111 in tutte le disposizioni appena ricordate. Quindi anche queste disposizioni entrano in effetti a comporre la disciplina del fallimento.

Un'osservazione si impone. La scelta di puntare sulla prededuzione come strumento principe per espandere la capacità di credito del debitore in crisi non è, ovviamente, senza conseguenze per i

creditori. Sottraendo risorse attive distribuibili nel successivo, eventuale, fallimento, è evidente, infatti, come la prededuzione possa in concreto tradursi, in caso di insuccesso del tentativo di risanamento (*recte*: di composizione negoziale della crisi), nel maggior ostacolo al soddisfacimento endofallimentare dei creditori concorrenti.

### III- IL CONCORDATO PREVENTIVO

#### 7. *Notazioni generali.*

Il blocco più consistente di disposizioni integrative o modificative riguarda la procedura di concordato preventivo, che viene ridisegnata in molti aspetti, anche fondamentali. Vedremo subito appresso, analiticamente, le integrazioni o modifiche. Qui interessa subito segnalare, innanzi tutto, che le nuove norme risolvono definitivamente il problema della *funzione* del concordato preventivo: e lo risolvono nel senso – da noi già prospettato (§§ 19-20) – che anche questa procedura ha come finalità preminente su qualsiasi altra il soddisfacimento dei creditori. Decisive in tal senso sono le previsioni dei nuovi artt. 182-*quinquies* e 186-*bis*, riguardanti il c.d. concordato con continuità aziendale, da cui emerge che la prosecuzione dell'attività di impresa è possibile solo in funzione del migliore soddisfacimento dei creditori e che pertanto, come viene sottolineato nella relazione di accompagnamento al decreto, “la continuità aziendale non è un valore in sé, ma soltanto in quanto strumentale alla soddisfazione degli interessi del ceto creditorio”.

E segnalare, in secondo luogo, che la scelta del legislatore del 2012 di concentrare l'attenzione essenzialmente sulla disciplina del concordato preventivo ha talvolta portato a considerare e trattare quella disciplina come un “universo” a sé stante, le cui regole possono divergere anche radicalmente da quelle dettate in tema di fallimento (ne vedremo delle manifestazioni più avanti, ai §§ 9 e 10 di questa Appendice). Con ciò sovvertendo l'equilibrio complessivo del sistema e, d'altra parte, contraddicendo la logica che aveva portato quello stesso legislatore a recepire la teoria della *consecuzione* fra concordato preventivo e fallimento (*retro*, in questa Appendice, § 4).

#### 8. *La domanda.*

a) La riforma ha in primo luogo interessato la domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, aggiungendo una nuova lett. *e*) al co. 2 dell'art. 161, nella quale è stabilito che il debitore deve presentare, unitamente al ricorso, anche «un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta». Si tratta di una novità per lo più formale, atteso che, come già evidenziato (§ 179), anche nel vigore della precedente disciplina era indubbio che la proposta si dovesse basare su di un piano, contenente tutti gli elementi rilevanti

ai fini dell'esatta esecuzione del concordato, con specifico riferimento, proprio, alle modalità ed ai tempi di adempimento delle obbligazioni da esso nascenti.

Il nuovo co. 3 dell'art. 161, dopo aver precisato che il professionista chiamato a redigere la relazione – allegata alla domanda di ammissione alla procedura – contenente l'attestazione della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano viene designato dallo stesso debitore, stabilisce espressamente che «Analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano». Si tratta di un'aggiunta senz'altro opportuna, la soluzione così adottata essendo del tutto coerente con la necessità di assicurare ai creditori la possibilità di esprimere in maniera consapevole il voto sulla proposta concordataria (sul punto v. anche quanto da noi già sostenuto al § 184). Resta peraltro il dubbio concernente l'esatta definizione di “modifica sostanziale”, della proposta o del piano, tale da richiedere, appunto, una nuova relazione del professionista.

b) Ben più importanti sono, però, le modifiche introdotte con il nuovo art. 161, co. 6, ai sensi del quale «L'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni. Nello stesso termine, in alternativa e con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, il debitore può depositare domanda ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma. In mancanza, si applica l'articolo 162, commi secondo e terzo».

Si tratta dell'ennesima dimostrazione del *favor* riconosciuto dall'ordinamento alla soluzione concordataria: con tale disposizione, invero, viene consentito al debitore di instare per l'ammissione alla procedura anche in assenza di “parti” del contenuto del ricorso sino ad oggi considerate essenziali, ossia, la proposta ed il piano: ciò, è da ritenere, in funzione dell'anticipazione degli effetti “conservativi” – in termini, vuoi di consistenza della massa attiva, vuoi di cristallizzazione della massa passiva – del patrimonio da assoggettare al concorso, conseguenti alla presentazione della domanda.

La dissociazione tra domanda e proposta (e piano) determina la segmentazione della fase che precede l'ammissione al concordato in due sottofasi: la prima, nella quale entrano in giuoco i co. 6-10 dell'art. 161; la seconda – che si apre al momento della presentazione della proposta, del piano e dei documenti che vanno dunque ad *integrare* il ricorso già presentato –, nella quale il debitore dichiarerà la misura ed il modo in cui intende soddisfare i creditori concorrenti. Due sottofasi, come si diceva, non necessariamente tra loro omogenee, potendo il debitore “convertire” la domanda di

ammissione al concordato in una domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, *ex art. 182-bis*, co. 1 (e viceversa, come si vedrà *infra*, in questa Appendice, § 16).

Come si è visto, in questa prima sottofase l'imprenditore può limitarsi a presentare, unitamente al ricorso per l'accesso al concordato, i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi (o, è da ritenersi, quelli relativi all'intera esistenza dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata). Sembra peraltro indubbio che, già in questa fase, l'imprenditore debba provare l'esistenza dei presupposti, soggettivo (qualità di imprenditore commerciale di non modeste dimensioni di natura privata) ed oggettivo (stato di crisi), per la sottoposizione alla procedura concorsuale, ed indicare la sede principale dell'impresa ai fini dell'individuazione del tribunale competente: il che potrebbe richiedere il deposito di ulteriori documenti (ad es.: atto costitutivo e statuto; certificato attestante l'iscrizione nel registro delle imprese; ecc.). Sembra ugualmente indubbio, poi, che, nel caso di società, la domanda debba – in base al co. 4 del medesimo art. 161 – essere «approvata e sottoscritta a norma dell'art. 152» (quindi, trattandosi di società di capitali, debba essere deliberata – salva diversa disposizione statutaria – dagli amministratori).

La norma poi stabilisce che sia il “giudice” a fissare il termine entro il quale il debitore deve provvedere ad integrare la domanda iniziale: ed il giudice, nella specie, è il tribunale del luogo in cui l'impresa ha la sede principale. Deve poi ritenersi, in difetto di indicazioni normative al riguardo, che il tribunale sia libero di scegliere discrezionalmente il termine concreto, tra i sessanta ed i centoventi giorni, entro il quale il debitore deve procedere al deposito della proposta, del piano e degli ulteriori documenti richiesti dalla legge.

Tale discrezionalità viene meno, però, nell'ipotesi in cui la domanda venga presentata quando è già pendente il procedimento per la dichiarazione di fallimento, atteso che, in tal caso, «il termine di cui al sesto comma del presente articolo è di sessanta giorni, prorogabili, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni» (art. 161, co. 10). La norma, introdotta in sede di conversione, è ben più importante di quanto si possa, a prima vista, pensare. Con essa, infatti, viene implicitamente sancito il principio (già fatto proprio, peraltro, da una parte della giurisprudenza) in virtù del quale la presentazione della domanda di concordato preventivo impedisce – funzionando, *grosso modo*, come una causa ostativa – la dichiarazione di fallimento (come dimostra, altresì, l'*incipit* della medesima disposizione che, facendo salva l'applicazione dell'art. 22, co. 1, esclusivamente consente al tribunale di respingere, con decreto, l'istanza di fallimento). Soluzione, va detto, che pur coerente con il più volte sottolineato *favor* concordatario, desta, in verità, più di una perplessità.

Con il decreto che fissa il termine per integrare la domanda, «il tribunale dispone gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa, che il debitore deve assolvere sino alla scadenza del termine fissato. In caso di violazione di tali obblighi, si applica

l'articolo 162, commi secondo e terzo» (art. 161, co. 8). Gli obblighi informativi in capo al debitore – che il tribunale *deve* disporre e che possono sostanziarsi, ad esempio, nella presentazione periodica di prospetti contabili aggiornati – sono necessari per consentire al giudice di monitorare costantemente la gestione dell'impresa ed evitare, così, che il patrimonio responsabile venga dissipato ancor prima della presentazione della proposta.

Infine, la domanda di concordato “incompleta” (o, secondo altre denominazioni, di “preconcordato”, di concordato “in bianco”, di concordato “con riserva”) «è inammissibile quando il debitore, nei due anni precedenti, ha presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma [*il sesto, cioè*] alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti» (art. 161, co. 9). La norma è chiaramente volta ad impedire comportamenti ostruzionistici, con finalità meramente dilatorie, da parte del debitore in crisi.

#### 9. Effetti della domanda.

a) Sempre in tema di domanda di ammissione alla procedura, deve essere segnalato il nuovo co. 5 dell'art. 161, ai sensi del quale la domanda, oltre ad essere comunicata al pubblico ministero, «è pubblicata, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria», analogamente a quanto previsto, per la sentenza dichiarativa di fallimento, dall'art. 17, co. 2 (implicitamente richiamato, per la l.c.a., dall'art. 195, co. 4). L'analogia regge in quanto, come già detto (*retro*, in questa Appendice, § 3), con la novella vengono anticipati gli effetti, in particolare quelli relativi all'amministrazione del patrimonio del debitore comune, che di norma produce l'apertura del concorso – nel caso di specie, formalmente ancora non instauratosi – al momento della presentazione del ricorso, come dimostra il successivo co. 7 dell'art. 161.

Tale ultima disposizione – applicabile anche in caso di domanda di concordato “incompleta” – stabilisce, infatti, che: «Dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'art. 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione. I crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'art. 111».

La norma è importante in quanto colma il vuoto di disciplina preesistente, riconoscendo espressamente la possibilità per il debitore, nel periodo che va dalla pubblicazione della domanda al provvedimento di ammissione, di compiere gli atti di ordinaria amministrazione – conseguenza naturale, peraltro, dell'assenza di spossessamento – e, soprattutto, imponendo a quest'ultimo di richiedere l'autorizzazione al tribunale per gli atti di straordinaria amministrazione qualificati dal

carattere dell'urgenza, in quanto tali (ossia di straordinaria amministrazione) presumibilmente idonei ad incidere sul contenuto della proposta o del piano e/o sulla loro attuazione.

Anche in tal caso si ripropongono, ovviamente, i problemi che solleva la distinzione – per nulla facile in pratica – tra atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione. Problemi (già da noi affrontati in altra sede, § 43) che, in punto di fatto, potrebbero condurre ad un eccessivo ricorso, da parte del debitore, all'intervento del tribunale (ed al conseguente “inceppamento”, o inutile rallentamento, dell'attività di impresa), al fine di evitare i rischi connessi ad una (eventuale) errata valutazione circa la natura dell'atto che si intende compiere.

Sempre in tema di autorizzazione, non è chiaro se la stessa debba essere rilasciata *una tantum*, oppure se sia necessaria per ogni singolo atto di straordinaria amministrazione. Premesso che il tenore letterale della norma non sembrerebbe consentire il compimento di atti di straordinaria amministrazione che non siano, altresì, *urgenti*, dovendo dunque il tribunale verificare – ai fini dell'autorizzazione e assumendo, eventualmente, sommarie informazioni – non solo la rispondenza dell'atto all'interesse della massa dei creditori, ma anche l'esistenza delle ragioni dell'urgenza, la soluzione più convincente sembrerebbe essere quella che richiede l'intervento del tribunale per ogni *singolo* atto, la verifica di cui si è detto non potendo essere efficacemente operata attraverso un'autorizzazione preventiva e generale.

b) Sempre in tema di effetti della presentazione del ricorso (anche “incompleto”), devono poi segnalarsi due novità che riguardano l'art. 168.

La prima concerne il co. 1 e consiste nel far scattare il blocco delle azioni esecutive e cautelari, per i creditori destinatari della proposta, dal momento della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e non più, come avveniva in precedenza, dalla semplice presentazione della domanda. La modifica, pur non avendo conseguenze importanti dal punto di vista pratico, risulta del tutto coerente con il nuovo sistema pubblicitario introdotto dal già menzionato art. 161, co. 5.

La seconda, questa sì particolarmente rilevante, concerne il co. 3 dell'art. 168, al quale viene aggiunto un secondo periodo, ai sensi del quale: «Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato». E' chiaro qui l'obiettivo della legge di assicurare la cristallizzazione della massa passiva (e, indirettamente, il rispetto, almeno in partenza, della *par condicio creditorum*), perseguito però, nella specie, neutralizzando le cause legittime di prelazione – di fonte giudiziale – conseguite dai creditori in un certo periodo *antecedente* la pubblicazione del ricorso di ammissione al concordato nel registro delle imprese, in un momento, quindi, che addirittura *precede* l'apertura del concorso. La disposizione introduce, di fatto, un'ulteriore ipotesi

di revoca *ex lege* (l'unica tipologia di revoca ammissibile nella procedura *de qua*: sul punto v. § 195), assimilabile allora, seppure solo per certi aspetti, a quella prevista agli artt. 64 e 65.

Peraltro, proprio il confronto con il sistema revocatorio fallimentare fa emergere gravi problemi di coordinamento tra i due plessi normativi. In primo luogo, atteso l'obiettivo perseguito, non è ben chiaro perché l'inefficacia sia stata confinata alle sole garanzie reali "involontarie": pegni ed ipoteche volontarie producono, infatti, il medesimo risultato di avvantaggiare un creditore a discapito della restante massa passiva; ciò che avrebbe consigliato di estendere la previsione anche a queste altre due tipologie di cause di prelazione, almeno a quelle non contestualmente (rispetto alla nascita del credito) costituite, dando così continuità alla previsione contenuta nell'art. 67, co. 2, n. 4.

In secondo luogo, anche volendo concentrare l'attenzione sulle sole ipoteche giudiziali, non si vede perché la disciplina dell'inefficacia delle stesse debba divergere così sensibilmente nelle due procedure. Certo, la neutralizzazione "secca" delle ipoteche giudiziali offre un maggior margine di manovra al debitore nell'allestimento della proposta e del piano, specialmente qualora si tratti di concordato con continuità aziendale (sul quale v. *infra*, in questa Appendice, § 12); ciò che, valutato nell'ottica del *favor* concordatario che ha mosso il legislatore, parrebbe in effetti giustificare la diversità di disciplina. Tale giustificazione tuttavia non regge, perché l'argomento che ne è a fondamento non riesce a spiegare – di nuovo – l'esclusione dalla previsione normativa delle altre cause legittime di prelazione di fonte convenzionale. Senza contare, poi, che la situazione che si è venuta a creare per effetto delle ultime modifiche conduce al risultato, per certi versi paradossale, in virtù del quale un determinato creditore (nella specie, quello che vanta l'ipoteca giudiziale) riceve, nel concordato preventivo, un trattamento per alcuni aspetti peggiore rispetto a quello che gli verrebbe riconosciuto nel fallimento: il che si traduce (può tradursi) in un forte incentivo a rifiutare la proposta concordataria, ossia, a ben vedere, il risultato esattamente opposto a quello che si è inteso conseguire.

Strettamente connesso al punto da ultimo trattato è quello relativo alla "tenuta" dell'inefficacia delle ipoteche giudiziali, in caso di mancata ammissione al (o mancata omologazione del) concordato e successiva dichiarazione di fallimento. La legge non si pronuncia ed è una grave lacuna: la soluzione più convincente, considerati gli indici normativi a disposizione, sembrerebbe essere quella in virtù della quale l'inefficacia, in tali ipotesi, viene meno. Ciò per almeno due ordini di motivi: in primo luogo, perché esiste una specifica disciplina della revoca delle ipoteche giudiziali nel fallimento e non si vede per quale ragione la stessa non dovrebbe applicarsi per il mero fatto che il debitore abbia preventivamente presentato la domanda di concordato preventivo; in secondo luogo, perché diversamente vi sarebbe un sicuro incentivo del debitore a proporre una

domanda di concordato (magari anche “incompleta”, *ex art.* 161, co. 6), al solo scopo di sterilizzare, appunto, le ipoteche giudiziali nel successivo fallimento.

#### 10. *Concordato preventivo e contratti pendenti.*

Tra le modifiche di maggior spessore introdotte dal d.l. n. 83/2012 in ordine agli effetti che può produrre la presentazione della domanda di concordato preventivo si può annoverare anche quella contenuta nel nuovo art. 169-*bis*, ai sensi del quale: «Il debitore nel ricorso di cui all’art. 161 può chiedere che il tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta» (co. 1); «In tali casi, il contraente ha diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento. Tale credito è soddisfatto come credito anteriore al concordato» (co. 2); «Lo scioglimento del contratto non si estende alla clausola compromissoria in esso contenuta» (co. 3); «Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai rapporti di lavoro subordinato nonché ai contratti di cui agli articoli 72, ottavo comma, 72-*ter* e 80 primo comma» (co. 4).

Viene data così (parziale) soluzione al problema, che per lungo tempo ha affaticato dottrina e giurisprudenza, relativo agli effetti del concordato preventivo sui contratti pendenti: e viene risolto, implicitamente accogliendo l’orientamento decisamente prevalente nel vigore della precedente disciplina, nel senso, cioè, della continuazione “naturale” di questi ultimi (e, dunque, nel senso della neutralità della procedura concorsuale rispetto alle relazioni contrattuali ancora non esaurite), con l’aggiunta, però, del temperamento rappresentato dal riconoscimento, in capo al debitore, della facoltà di richiesta di (quella che potrebbe definirsi) “resiliazione o sospensione unilaterale” del contratto stesso.

Restano, peraltro, degli aspetti tuttora oscuri: così è a dirsi, ad esempio, per quel che concerne l’utilizzabilità, durante la procedura, dei rimedi civilistici (fra tutti, la risoluzione del contratto) in ipotesi di inadempimenti del soggetto in crisi precedenti la presentazione della domanda e ancora non fatti valere dalla controparte *in bonis*; o, ancora, con specifico riferimento ai contratti di durata che proseguono, in ordine alla natura (concorsuale o extraconcorsuale) da riconoscere al credito sorto per le prestazioni eseguite prima della presentazione della domanda, essendo dubbia l’applicabilità, in via estensiva o analogica, dell’art. 74, co. 2. Il confronto con quanto stabilito dall’art. 186-*bis*, co. 3 (sul quale v. *infra*, in questa Appendice, § 12) porta comunque a ritenere efficaci, nei confronti della massa, eventuali clausole risolutive espresse, legate all’apertura della procedura di concordato.

Quello dello scioglimento o della sospensione del contratto è, peraltro, un effetto soltanto *eventuale* del ricorso, in quanto, come visto, comunque condizionato all'esplicita richiesta in tal senso del debitore ed al rilascio dell'autorizzazione da parte del tribunale (o del giudice delegato, se la richiesta sia intervenuta dopo il decreto di ammissione). La nuova disciplina ricorda, sul punto, quella dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (art. 50, d.lgs. n. 270/1999) e, per alcuni aspetti, quella degli effetti dell'esercizio provvisorio dell'impresa fallita sui contratti pendenti (art. 104, co. 7). Discipline, queste, che hanno quale comune giustificazione la continuazione dell'attività economica del debitore durante lo svolgimento della procedura, ma che presentano al loro interno differenze non irrilevanti: basti pensare che lo scioglimento o la sospensione del contratto pendente sono rimessi, in ambito concordatario, all'iniziativa del debitore e non all'ufficio concorsuale.

Sempre rimanendo in tema di (possibili) effetti della presentazione della domanda di concordato sulla sorte del contratto pendente, la legge, come detto, prevede delle eccezioni alla regola introdotta dall'art. 169-*bis*, co. 1, non potendo il debitore richiedere (ed il tribunale o il giudice delegato rilasciare) l'autorizzazione per lo scioglimento o la sospensione dei contratti: di lavoro subordinato; preliminari aventi ad oggetto la vendita di immobile destinato a costituire o l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado, oppure la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente (art. 72, co. 8); di finanziamento destinato ad uno specifico affare (art. 72-*ter*); di locazione di immobili (art. 80, co. 1).

La *ratio* della disposizione è evidente: apprestare una maggiore tutela alla controparte *in bonis*, sancendo, di fatto, la continuazione "necessaria" di tali contratti. La soluzione così adottata suscita però notevoli perplessità, specialmente se confrontata con la disciplina degli effetti del fallimento sui contratti pendenti.

Ed invero. La disposizione può dirsi aver senso con riferimento ai contratti di lavoro subordinato, ai contratti preliminari ed a quello di locazione di immobili, contratti, questi ultimi, che anche in caso di fallimento continuano *ex lege* (art. 2119, co. 2 c.c. per il contratto di lavoro subordinato; per gli altri v., rispettivamente, §§ 96 e 98); mentre molto meno senso ha con riferimento al contratto di finanziamento destinato ad uno specifico affare, che in caso di fallimento del finanziato rientra nella categoria dei "condizionati", naturalmente destinato alla sospensione, a meno che si verificano delle condizioni che ne impongano addirittura lo scioglimento (§ 103). Da questo punto di vista, risulta allora del tutto inspiegabile il riferimento (aggiunto in sede di conversione) a tale tipologia di contratto, tanto più ove si consideri che, in tal modo, il credito del finanziatore viene sottratto alla falciatura concordataria, almeno per la parte coperta dai proventi dell'affare. Ugualmente inspiegabile è, poi – e all'opposto, si direbbe –, il mancato richiamo all'art.

72-*quater*, co. 4 (§ 97), che rischia di esporre l'utilizzatore del bene concesso in *leasing* alla richiesta di scioglimento (e alla conseguente restituzione del bene) avanzata, in sede di domanda di concordato, dalla società concedente, con effetti allora distorsivi dell'intero sistema, vista la regola posta, con riferimento alla medesima fattispecie, per il caso di fallimento.

In caso di scioglimento, alla controparte *in bonis* è riconosciuto un credito (comunque sottoposto alla falcidia concordataria, in quanto considerato anteriore alla presentazione della domanda) per i danni subiti per effetto del mancato adempimento, il cui importo, nel dissenso fra le parti, verrà stabilito dal tribunale competente, salva la presenza, nel contratto sciolto, della clausola compromissoria (che, come visto, non viene travolta dallo scioglimento), nel qual caso sarà il collegio arbitrale a determinare l'ammontare dell'indennizzo.

E' evidente, qui, la differenza con l'omologa norma dettata per il fallimento (art. 72): la "resiliazione" del contratto, determinata dalla dichiarazione di fallimento (direttamente, per effetto di una norma *ad hoc*; o indirettamente, per effetto della decisione del curatore), non fa sorgere, invero, alcun diritto al risarcimento dei danni patiti in capo alla parte *in bonis*, la quale potrà insinuare al passivo soltanto il credito (di restituzione) connesso alle (eventuali) prestazioni eseguite prima dell'apertura della procedura (§ 81). La differenza è da ricollegare al fatto che, nel caso che qui ne occupa, lo scioglimento è da ricondurre, in ultima istanza, ad un atto unilaterale del debitore: il che, dal punto di vista sistematico, è senz'altro da apprezzarsi come un'eccezione al principio generale "*pacta sunt servanda*", dal che trae giustificazione, appunto, il riconoscimento di un equo indennizzo a favore della parte *in bonis*, parametrato al danno da questa subito per effetto dello scioglimento.

#### 11. *Il finanziamento dell'impresa in crisi nel concordato preventivo.*

Una parte cospicua delle nuove disposizioni dettate in tema di concordato preventivo concerne il finanziamento dell'impresa debitrice, che rappresenta lo snodo cruciale della soluzione negoziata della crisi, da esso dipendendo non soltanto il buon esito della procedura (*id est*, l'omologazione), ma anche, e soprattutto, l'esatto adempimento delle obbligazioni concordatarie.

In particolare, vengono parzialmente ridisegnate le disposizioni relative al finanziamento ottenuto *in funzione* della presentazione della domanda di concordato (o di omologazione di un accordo di ristrutturazione) e a quello erogato *in esecuzione* del concordato preventivo (o dell'accordo), anche nell'ipotesi in cui il finanziamento provenga da un socio o da una società del gruppo (art. 182-*quater*); e viene, altresì, introdotta, *ex novo*, la disciplina dei finanziamenti ottenuti *nel corso* della procedura (art. 182-*quinquies*).

a) Si può iniziare dalle modifiche all'art. 182-*quater*.

Per quel che concerne i crediti derivanti dai finanziamenti erogati in esecuzione di un concordato (e, dunque, dopo l'avvenuta omologazione) o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, il nuovo art. 182-*quater*, co. 1, elimina il riferimento alle banche e agli intermediari finanziari (di cui all'art. 106 t.u.b.), riconoscendo così il carattere di prededucibile (nel successivo, eventuale, fallimento) a tali crediti, indipendentemente dalla qualifica soggettiva del relativo titolare (salvo quanto si dirà *infra*, rispetto ai soci). Si tratta di una modifica senz'altro opportuna, la diversità di trattamento che si era venuta a creare non essendo sorretta, a parere di chi scrive, da alcuna plausibile giustificazione.

Per effetto della modifica di cui è appena dato conto, cambia anche la disciplina dei crediti derivanti dai finanziamenti erogati in funzione (ossia, prima) della presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione (i c.d. finanziamenti-ponte): anche tali crediti sono prededucibili – purché la prededucazione sia prevista nel piano o nell'accordo e sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda (art. 182-*quater*, co. 2) – indipendentemente dalla qualifica soggettiva del finanziatore (salvo, anche qui, quanto si dirà subito appresso per i soci).

Come anticipato, cambia anche la disciplina dei finanziamenti-soci. Il nuovo art. 182-*quater*, co. 3, infatti stabilisce: «In deroga agli articoli 2467 e 2497-*quinquies* del codice civile, il primo ed il secondo comma del presente articolo si applicano anche ai finanziamenti effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare. Si applicano i commi primo e secondo quando il finanziatore ha acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo». La lettera della disposizione fa sorgere immediatamente dubbi in ordine all'interpretazione da dare all'ultimo inciso. Si potrebbe sostenere – ed è l'opzione che a chi scrive pare decisamente più convincente – che questo serva a *specificare* il precedente periodo, nel senso che il trattamento di favore può essere riservato ai soli soggetti che abbiano acquistato la qualità di soci nella medesima operazione di finanziamento dalla quale scaturiscono i crediti prededucibili. Oppure, si potrebbe sostenere che, in realtà, l'ultimo periodo riguardi un'ulteriore ipotesi, diversa dalla precedente, nella quale coloro che effettuano il finanziamento assumono la qualità di soci in un momento successivo, in esecuzione del concordato o dell'accordo; nel qual caso essi godrebbero della prededucazione per l'intero credito concesso, senza dunque soffrire la postergazione (parziale) imposta dalla prima parte della norma. Se si dovesse accogliere la prima delle interpretazioni proposte, il senso di insoddisfazione per l'attribuzione del carattere di prededucibilità al credito vantato dai nuovi soci risulterebbe, in effetti, di molto attenuato, posto che a fronte dei possibili benefici *uti socius* derivanti dalla complessiva operazione, il finanziatore, per effetto della sua entrata nella compagine societaria, rinunciarebbe in parte (nella misura non

inferiore al 20%) alla “garanzia” della prededuzione che gli avrebbe comunque assicurato l’art. 182-*quater*, co. 1 e 2.

Per completare il quadro in ordine alle modifiche apportate all’art. 182-*quater* va poi aggiunto che la novella ha, da un lato, abrogato l’originario co. 4, che sanciva la prededucibilità del credito vantato dal professionista attestatore del piano; e, dall’altro, riformulato l’ultimo comma, specificando (opportunamente) che l’esclusione dal voto e dal computo delle maggioranze richieste ai fini dell’approvazione della proposta (e dal computo della percentuale richiesta dall’art. 182-*bis*) concerne soltanto i titolari dei crediti concessi in funzione dell’accesso alla procedura, anche se vantati da soci (e, è da aggiungere, da società appartenenti al medesimo gruppo).

b) Passando ai finanziamenti concessi durante lo svolgimento della procedura. Il cerchio del finanziamento dell’impresa che accede alla soluzione concordataria della crisi è chiuso dal nuovo art. 182-*quinquies*, per il quale: «Il debitore che presenta, anche ai sensi dell’articolo 161 sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell’art. 182-*bis*, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell’art. 182-*bis*, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell’art. 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all’art. 67, terzo comma, lettera *d*), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell’impresa sino all’omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori» (co. 1); «L’autorizzazione di cui al primo comma può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative» (co. 2); «Il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei medesimi» (co. 3).

Si può iniziare col dire che la richiesta di autorizzazione a contrarre finanziamenti “prededucibili” (in realtà, prededucibili sono i *crediti* che scaturiscono dalle operazioni di finanziamento) può essere avanzata dal debitore sin dal momento della presentazione della domanda di accesso alla procedura, anche quando la domanda sia “incompleta”, *ex art.* 161, co. 6; ferma peraltro la possibilità di richiedere tale autorizzazione anche in un momento successivo, cioè, nel caso di concordato preventivo, dopo l’ammissione alla procedura.

Anche in questo caso, la legge incentiva i potenziali creditori ad erogare nuova finanza all’impresa debitrice con la prospettiva della prededuzione nel successivo, eventuale, fallimento: il che, come detto, può portare, in caso di insuccesso della soluzione negoziata della crisi, ad una situazione di “affollamento” di creditori prededucibili che, di fatto, si traduce in una sensibile erosione dei riparti endofallimentari a favore dei creditori concorrenti. E’ per tale motivo che la richiesta di autorizzazione deve essere accompagnata dalla relazione del professionista che attesti la

“funzionalità” di tali finanziamenti rispetto alla migliore soddisfazione dei creditori (per tali dovendosi intendere quelli anteriori alla pubblicazione della domanda).

Il punto è delicato e merita di essere approfondito. Il professionista, stando alla lettera della legge, dovrebbe attestare che, nonostante il finanziamento generi un credito da pagare per intero (in quanto posteriore alla domanda di concordato e, dunque, non concorrente) e prededucibile in ipotesi di successivo fallimento, sia comunque conveniente per i creditori anteriori, consentendo di soddisfarli in maniera “migliore”: ma migliore rispetto a quale alternativa? Il finanziamento che qui ne occupa sicuramente non è tra quelli eventualmente previsti dal piano concordatario e da erogare dopo l’omologazione: per questi ultimi, lo si è già visto, vige la disciplina di cui all’art. 182-*quater*, co. 1. Deve dunque trattarsi di finanziamenti estranei alla proposta – ciò che giustifica l’intervento del tribunale e non della collettività dei creditori concorrenti – dai quali l’impresa trae le risorse necessarie per sostenere la gestione corrente durante lo svolgimento della procedura (es. per consentire di pagare i lavoratori dipendenti o di adempiere ai contratti in corso di esecuzione): la proposta, detto in altri termini, non muta in dipendenza del rilascio o meno dell’autorizzazione a contrarre i finanziamenti. Se così è, allora i finanziamenti in questione, la cui mancanza può portare al blocco dell’attività economica, debbono considerarsi funzionali all’esatto adempimento della proposta concordataria, incidendo, seppure *ab externo*, sulla fattibilità del piano.

Tornando al quesito posto in precedenza, deve dunque concludersi nel senso che l’alternativa è rappresentata, per i creditori concorrenti, da quanto essi otterrebbero in caso di fallimento del debitore comune. Nell’attestazione il professionista dovrà dunque attentamente ponderare i *pro* ed i *contro* per i creditori, non potendosi limitare ad affermare che in virtù del finanziamento si rende meno probabile il fallimento: dovrà anche valutare se questa riduzione del rischio di *default* compensi o no la “perdita” (potenziale) che essi subirebbero per effetto della prededuzione. Valutazione che deve operare anche il tribunale chiamato a rilasciare l’autorizzazione, il quale sul punto decide autonomamente, se del caso discostandosi dall’opinione del professionista, assumendo a tal fine sommarie informazioni.

Tale valutazione deve poi essere particolarmente severa nel caso in cui il debitore richieda l’autorizzazione (alla concessione del finanziamento e) a concedere pegno o ipoteca sui propri beni, a garanzia del finanziamento medesimo. Nel caso in cui l’autorizzazione venga rilasciata, il finanziatore si troverà a ricoprire, nel successivo eventuale fallimento, la qualifica di creditore prededucibile e privilegiato: il che, non solo è del tutto compatibile (la prededuzione non avendo nulla a che vedere con il rango del credito), ma anche particolarmente opportuno per il creditore, e ciò per almeno due ordini di motivi. In primo luogo, lo si è detto, la proliferazione di crediti prededucibili – effetto delle ultime modifiche legislative – nel fallimento successivo al tentativo di

soluzione negoziata della crisi rende più probabile l'ipotesi che l'attivo disponibile non sia in grado di soddisfarli per intero: nel qual caso, come stabilito dall'art. 111-*bis*, co. 5, i riparti a loro favore dipenderanno dal rango di ciascuno di essi (§ 130). In secondo luogo, perché, com'è noto, i creditori che vantano una garanzia reale su beni del fallito sono preferiti, in sede di distribuzione del ricavato dalla vendita di questi ultimi, anche ai prededucibili (art. 111-*bis*, co. 3).

Non essendo rilevante chi, in concreto, eroga la nuova finanza (salvo quello che si dirà subito appresso), ma l'entità e la tipologia del finanziamento, la legge, come si è visto, consente al debitore di richiedere un'autorizzazione "preventiva" o "in bianco" al tribunale, in un momento, cioè, in cui non sono state ancora iniziate le trattative per la concessione del finanziamento stesso (art. 182-*quinquies*, co. 2).

Come detto, la disciplina sin qui analizzata sembrerebbe applicabile indipendentemente dalla qualità soggettiva del finanziatore: tuttavia, nonostante il silenzio della legge, deve ritenersi che regole diverse siano applicabili nell'ipotesi in cui il finanziamento provenga da un socio o da una società del gruppo al quale appartiene la società debitrice. In tal caso, tre sono le soluzioni interpretative astrattamente possibili: la prima, secondo la quale il finanziamento del socio autorizzato gode della prededuzione piena in ipotesi di successivo fallimento della società, in ossequio a quanto stabilito dall'art. 182-*quinquies*, co. 1; la seconda, per la quale in caso di fallimento della società prevale la norma contenuta nell'art. 2467 c.c. (o 2497-*quinquies*, per i finanziamenti infragruppo), con conseguente postergazione assoluta del credito; la terza, intermedia tra le prime due, che fa leva sull'applicazione analogica dell'art. 182-*quater*, co. 3, con conseguente attribuzione del carattere prededucibile ad una parte soltanto del credito del socio, la restante rimanendo postergata.

Delle tre soluzioni prospettate, l'ultima deve essere sicuramente scartata: pur ammettendo l'esperibilità, nella specie, del magistero analogico, infatti, non si saprebbe né per quale parte del credito riconoscere la prededuzione (l'art. 182-*quater*, co. 3 stabilisce, come si ricorderà, che la prededuzione opera fino alla misura dell'80% del credito), né chi è competente a determinarla.

Poco convincente, poi, è la prima soluzione: pur se la legge non distingue, sembra inverosimile del tutto illogico riconoscere la prededuzione, da un lato, nella misura massima dell'80% ad un credito da finanziamento la cui erogazione sia prevista nella proposta sottoposta al vaglio dei creditori (ossia, i soggetti più direttamente coinvolti dalla prededuzione) e, dunque, condizionata all'approvazione di questi ultimi; e, dall'altro lato, nella misura del 100% ai crediti da finanziamenti la cui erogazione è sottratta al vaglio dei creditori concorrenti, essendo condizionata solo all'autorizzazione del tribunale.

Resta la seconda soluzione, quella della postergazione assoluta del credito del socio per il finanziamento erogato durante la procedura di concordato, che si lascia preferire, rispetto alle altre, sul piano del dato testuale. Dall'art. 182-*quater*, co. 3 si evince, infatti, che in caso di contrasto tra due norme che dispongono, l'una, la subordinazione involontaria e, l'altra, la prededuzione di un medesimo credito, è la prima a dover essere considerata prevalente; affinché possa dirsi il contrario è infatti necessario che la seconda specifichi espressamente che "in *deroga* agli artt. 2467 e 2497-*quinquies*" quel certo credito, pur subordinato, è da considerare prededucibile. E nell'art. 182-*quinquies*, a differenza di quanto stabilito dall'art. 182-*quater*, co. 3, non v'è alcuna specificazione di tal genere.

## 12. *Il concordato con continuità aziendale.*

La novità senza dubbio più rilevante introdotta dal decreto sviluppo è costituita dal c.d. "concordato con continuità aziendale", la cui disciplina è contenuta in massima parte nel nuovo art. 186-*bis*. Per *concordato con continuità aziendale* si intende quel concordato il cui piano prevede «la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione», salva comunque la possibilità di «liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa» (art. 186-*bis*, co. 1).

La novità, com'è evidente, non riguarda la *fattispecie*, ben potendo anche in passato il debitore presentare un piano che prevedesse la continuazione – da parte dello stesso proponente o di terzi, cessionari o conferitari – dell'attività economica dell'impresa in crisi, quanto la *disciplina*. Con l'obiettivo di salvaguardare l'unità funzionale del complesso produttivo organizzato dall'imprenditore, il legislatore ha voluto enucleare, nell'ampio *genus* concordatario, una figura particolare – il concordato con continuità aziendale, appunto – destinataria di una disciplina speciale, di cui si dirà subito appresso. E' il caso di segnalare subito che anche l'ammissione al concordato con continuità aziendale può scindersi in due sottofasi, ben potendo il debitore limitarsi, nella prima, a presentare la domanda di ammissione *ex art.* 161, co. 6, da integrare in un secondo momento con la proposta, il piano e gli altri documenti richiesti dalla legge (arg. *ex art.* 182-*quinquies*, co. 4, sul quale v. *infra*).

### A. Qualche parola sulla *fattispecie*.

a) In primo luogo, nell'art. 186-*bis*, co. 1, si parla, oltreché della prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, della cessione dell'azienda o del conferimento dell'azienda in esercizio: sorge così il dubbio se, per aversi propriamente un concordato con continuità aziendale, sia sufficiente il trasferimento o il conferimento di un *ramo* dell'azienda dell'impresa in crisi. La

risposta, ad avviso di chi scrive, deve essere senz'altro positiva. Il ramo d'azienda, invero, si caratterizza – come l'azienda – per il fatto di essere un insieme di beni tra loro collegati funzionalmente e dotato di un'autonoma capacità reddituale: anche in caso di trasferimento di ramo d'azienda, cioè, prosegue, pur se soltanto parzialmente, l'attività economica prima esercitata dal debitore, con salvaguardia dei complessi produttivi e mantenimento dei livelli occupazionali. La soluzione qui privilegiata è altresì confermata dall'art. 186-*bis*, co. 3 (sul quale v. *infra*), ove viene fatto esplicito riferimento (all'azienda ed) al ramo d'azienda.

b) Pur essendo dalla norma trattate congiuntamente, sembra corretto distinguere, nell'ambito del concordato con continuità aziendale, due *sub-fattispecie*: quella nella quale l'attività economica è proseguita dallo stesso debitore-proponente; e quella, invece, nella quale l'attività prima esercitata dall'imprenditore in crisi viene continuata dal cessionario o dal (dai) conferitario (conferitari) dei complessi produttivi.

Nel primo caso, *nulla quaestio*: il debitore, sulla scorta delle indicazioni contenute nel piano, continua ad esercitare l'attività di impresa dalla quale trarrà i mezzi per soddisfare, nella misura e nei termini previsti dalla proposta, i creditori concorrenti.

Nel secondo caso, occorre precisare. Ed invero, per aversi concordato con continuità aziendale non sembra sufficiente che il piano preveda la cessione dei complessi produttivi a terzi verso un corrispettivo in denaro da distribuire ai creditori concorrenti, perché in tal caso si sarebbe in presenza, a ben vedere, di un mero concordato di liquidazione (seppure «in blocco» o «aggregata»); è necessario, altresì, che la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del cessionario (o del conferitario) si ponga quale tramite necessario per la realizzazione del piano – come può chiaramente evincersi, tra l'altro, dall'art. 186-*bis*, co. 2, lett. a) e b), di cui si dirà subito appresso – e, conseguentemente, per l'esatta esecuzione delle obbligazioni concordatarie. Detto in altri termini, là dove non vi sia prosecuzione dell'attività di impresa o questa non sia rilevante ai fini del soddisfacimento dei creditori, non può parlarsi di concordato con continuità aziendale.

#### B. Quanto alla *disciplina*.

a) In caso di concordato con continuità aziendale, il piano «deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività di impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura» (art. 186-*bis*, co. 2, lett. a). Oltre a specificare le modalità ed i tempi di adempimento delle obbligazioni concordatarie, il piano dovrà dunque contenere anche le entrate e le uscite attese (*cash-flows*) dai futuri progetti imprenditoriali e le risorse finanziarie necessarie per attuarli, con l'indicazione delle relative fonti di approvvigionamento (interne o esterne, semplici o garantite). Nonostante la legge non lo menzioni, sembra poi indubbio che il proponente debba allegare anche il piano *industriale*,

necessario non soltanto per evidenziare i “rami secchi” da liquidare e per valutare la conformità o meno dei contratti pendenti che si intendono proseguire, ma anche per spiegare ai creditori votanti le strategie imprenditoriali da adottare per sfruttare le potenzialità reddituali dei complessi in funzionamento.

b) La relazione del professionista, che accompagna la presentazione del piano, «deve attestare che la prosecuzione dell’attività d’impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori». (art. 186-*bis*, co. 2, lett. b).

Come anticipato (*retro*, in questa Appendice, § 7), viene dunque confermato che la funzione giuridicamente rilevante assolta dal concordato preventivo – comune, in realtà, a tutte le procedure concorsuali – è il massimo soddisfacimento delle ragioni creditorie: per quanto importante possa essere, per l’economia generale, la salvaguardia dei complessi produttivi ed il mantenimento dei posti di lavoro che ad essa normalmente si associa, il concordato con continuità aziendale non può comunque godere della disciplina di favore se non assicura il miglior soddisfacimento dei creditori concorrenti. Si ripropone, di nuovo, il dubbio in ordine all’alternativa da prendere in considerazione ai fini del giudizio di convenienza: ed anche in questo caso sembra corretto ritenere che il raffronto debba avvenire con (non già un’ipotetica proposta concordataria più vantaggiosa per i creditori, bensì con) la situazione che si realizzerebbe in ipotesi di “blocco” dell’attività economica e conseguente dichiarazione di fallimento del debitore. Argomenti in tal senso possono trarsi, altresì, dall’ultimo comma dell’art. 186-*bis*, ai sensi del quale: «Se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l’esercizio dell’attività d’impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell’art. 173. Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato». Da ciò si ricava che la prosecuzione dell’attività di impresa è presupposto indefettibile dell’istituto, e quando questa viene a mancare o, nonostante l’attestazione del professionista, è manifestamente dannosa per i creditori, il tribunale apre d’ufficio il procedimento per la revoca dell’ammissione al concordato, al cui esito può essere dichiarato il fallimento del debitore, salva la possibilità per quest’ultimo di modificare la proposta originariamente presentata.

c) Viene inoltre stabilito che «il piano può prevedere, fermo quanto disposto dall’articolo 160, secondo comma, una moratoria fino a un anno dall’omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto di voto» (art. 186-*bis*, co. 2, lett. c).

La norma consente dunque il pagamento dilazionato dei creditori privilegiati, in modo da non appesantire troppo la situazione finanziaria dell’impresa in crisi nella prima fase di esecuzione del

concordato: la moratoria, però, non può durare più di un anno e non vale per i creditori che vantano cause di prelazione su beni destinati alla liquidazione, i quali debbono dunque essere soddisfatti all'esito della procedura di vendita. Alla previsione del pagamento, integrale o parziale (ma nei limiti, comunque, segnati dal richiamato art. 160, co. 2), nei termini della moratoria prevista dalla proposta, si collega la sterilizzazione del voto dei privilegiati (rispettivamente, per l'intero valore nominale del credito o per la parte coperta dal valore del bene), che sarebbe altrimenti da riconoscere per effetto della dilazione.

d) La specialità della disciplina del concordato preventivo con continuità aziendale si apprezza anche rispetto agli effetti prodotti sui contratti pendenti dal deposito del ricorso di ammissione alla procedura. L'art. 186-*bis*, co. 3 stabilisce, infatti, che: «Fermo quanto previsto dall'articolo 169-*bis*, i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura. Sono inefficaci eventuali patti contrari. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la continuazione di contratti pubblici se il professionista designato dal debitore di cui all'art. 67 ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda cui i contratti siano trasferiti. Il giudice delegato, all'atto della cessione o del conferimento, dispone la cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni».

E' evidente, qui, la volontà della legge di rendere ancora più stabile il rapporto negoziale in corso di esecuzione (salva comunque la possibilità per il debitore di richiederne lo scioglimento o la sospensione), attesa la funzione ancillare che svolgono i contratti pendenti rispetto alla continuazione dell'attività economica da parte dello stesso debitore o del cessionario o del conferitario dell'azienda (o di un suo ramo). Ciò spiega perché, diversamente da quanto accade nell'ambito della disciplina "comune" *ex art. 169-bis* (su cui v. *retro*, in questa Appendice, § 10), sono considerate inefficaci le clausole che prevedono la risoluzione automatica del contratto per effetto dell'ammissione di una delle parti alla procedura concordataria.

Particolarmente rilevanti sono le disposizioni che riguardano i *contratti pubblici* in corso di esecuzione. Come visto, la legge stabilisce che l'ammissione alla procedura non impedisce la continuazione di questi ultimi, a condizione che il professionista ne attesti la "conformità" al piano: espressione poco felice, che sta ad indicare la strumentalità di tali contratti rispetto alla esecuzione del piano concordatario. Il professionista, inoltre, deve attestare la "ragionevole capacità di adempimento" del debitore: operazione per nulla agevole, fondandosi su un giudizio prognostico influenzato da non poche variabili, e che diventa particolarmente complessa nell'ipotesi in cui il concordato con continuità aziendale preveda la cessione o il conferimento dei complessi produttivi.

In tali casi, invero, la valutazione del professionista coinvolge necessariamente la situazione patrimoniale di soggetti altri, rispetto al debitore, che, per espressa disposizione di legge, possono beneficiare della continuazione del rapporto pendente (subentrando nel contratto, in luogo dell'imprenditore ammesso alla procedura), nel rispetto dei requisiti, soggettivi ed oggettivi, posti dalla normativa in materia (d.lgs. n. 163/2006: "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture").

e) Proprio con riferimento alle ipotesi di cessione o conferimento dei complessi produttivi, l'ultimo periodo dell'art. 186-*bis*, co. 3, stabilisce che il giudice delegato deve procedere, all'atto del trasferimento, alla cancellazione delle iscrizioni (relative, è da ritenere, ai diritti di prelazione) e delle trascrizioni (è da ritenere dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo) sui beni oggetto del trasferimento. La norma – mal collocata, in quanto inserita nella disposizione relativa ai contratti in corso di esecuzione – risulta particolarmente rilevante, in quanto afferma implicitamente, ma inequivocabilmente, la natura "coattiva" dei trasferimenti in ambito concordatario, in precedenza sancita per il solo concordato con cessione dei beni ai creditori (in virtù del richiamo, operato dall'art. 182, co. 5, all'art. 108, co. 2). Al di là delle perplessità che generano, per un verso, l'assimilazione operata sul punto tra cessione e conferimento e, per altro verso, l'assenza di condizioni alla purgazione dei diritti di prelazione (non sono infatti richiesti né la riscossione integrale del prezzo né, tantomeno, il soddisfacimento del creditore privilegiato), sorge il dubbio se la disposizione abbia portata generale, ovvero sia di applicazione esclusiva nell'ambito del concordato con continuità aziendale. Nonostante la collocazione topografica, sembra corretto ritenere che la stessa sia applicabile in ogni ipotesi di trasferimento del patrimonio del debitore ammesso al concordato, indipendentemente dalla prosecuzione o meno dell'attività economica prima esercitata dall'imprenditore in crisi.

f) In ideale continuità con quanto visto con riferimento alla sorte dei contratti pubblici pendenti, l'art. 186-*bis*, co. 4, stabilisce: «L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara: a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d) che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto; b) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare

esecuzione all'appalto. Si applica l'art. 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163». A sua volta, il successivo co. 5 stabilisce che: «Fermo quanto previsto dal comma precedente, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purché non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale. In tal caso la dichiarazione di cui al quarto comma, lettera *b*), può provenire anche da un operatore facente parte del raggruppamento». Tali disposizioni debbono essere lette in uno con il nuovo art. 38, co. 1, lett. *a*) d.lgs. n. 163/2006, anch'esso modificato dal decreto sviluppo, ai sensi del quale sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti «che si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'art. 186-*bis*» l.fall., «o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni».

La *ratio* di questo gruppo di norme è chiara: consentire al debitore che abbia optato per il concordato con continuità aziendale di partecipare – anche, eventualmente, come componente di un raggruppamento temporaneo di imprese – alle gare per l'assegnazione di appalti di opere pubbliche, nella consapevolezza che tali contratti rappresentano, almeno per certe tipologie di imprese, la principale fonte di risorse per sperare di recuperare il già compromesso equilibrio economico e finanziario.

Si tratta però di una scommessa – quella di puntare sul nostro concordato – alquanto rischiosa: nella specie, invero, entrano in gioco anche interessi prettamente pubblici, che dagli inadempimenti o dai ritardi nell'adempimento di tali contratti possono essere gravemente lesi. Considerazione, quest'ultima, che giustifica i due “correttivi” previsti dall'art. 186-*bis*, co. 4: quello della relazione del professionista, che deve – di nuovo – attestare, per un verso, la “conformità” del contratto per la stipulazione del quale si partecipa alla gara all'esecuzione del piano e, per altro verso e soprattutto, la ragionevole capacità di adempimento del contratto stesso da parte dell'impresa in concordato; e quello della dichiarazione dell'impresa (che potrebbe definirsi) “supplente”, che si obbliga, nei confronti sia dell'impresa in crisi sia della stazione appaltante, a coadiuvare o, se del caso, sostituire la prima, al fine dell'esatta esecuzione dell'appalto.

g) La speciale disciplina del concordato con continuità aziendale è completata, infine, dalla disposizione contenuta nel nuovo art. 182-*quinquies*, co. 4, ai sensi del quale: «Il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'art. 161 sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera *d*), attesta che tali

prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista non è necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori».

La norma – che evoca la *doctrine of necessity* elaborata nell'ambito della *reorganization* disciplinata dal *Chapter 11* statunitense – produce la “rottura” di una delle regole cardine del concordato, quella cioè del divieto di pagamento, nel corso della procedura, dei crediti anteriori alla presentazione della domanda di ammissione (§ 193), istituzionalizzando così la prassi – che a chi scrive pareva fuori sistema, se non palesemente *contra legem* –, seguita da alcuni giudici delegati, di far rientrare i pagamenti dei crediti anteriori nell'ambito degli atti di straordinaria amministrazione, come tali autorizzabili *ex art. 167, co. 2*.

Anche in tal caso viene replicata la sequenza procedimentale “istanza del debitore-attestazione del professionista-autorizzazione del tribunale”, già impiegata per i finanziamenti “prededucibili” in corso di procedura, *ex art. 182-quinquies, co. 1* (sul punto v. *retro*, in questa Appendice, § 11). A differenza di quanto osservato rispetto ai finanziamenti, però, per i pagamenti dei crediti anteriori la legge richiede espressamente che il professionista attesti che gli stessi siano essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa: ciò rende ancor più evidente l'interdipendenza tra detti pagamenti e la fattibilità del piano (attesa l'imprescindibilità, nel concordato con continuità aziendale, della prosecuzione dell'attività di impresa).

Ma rispetto a quali crediti si applica la disciplina? La legge parla di crediti “anteriori” per prestazioni che sono essenziali alla prosecuzione dell'attività di impresa; ma se sono maturati dei crediti è perché la prestazione è già stata eseguita dalla parte *in bonis* ed è nella disponibilità del debitore, che può continuare a servirsene per la prosecuzione dell'attività di impresa, anche qualora non proceda al relativo pagamento. La norma sembra essere dettata nell'ottica della salvaguardia delle relazioni contrattuali che si reiterano nel tempo, rispetto alle quali, se la parte ora in concordato si è resa inadempiente, è ben difficile che il fornitore di beni o servizi sia disposto a proseguire nelle forniture, salvo che, appunto, non si provveda al pagamento dei crediti per quelle pregresse. La norma, inoltre, ben potrebbe essere utilizzata per il pagamento delle retribuzioni dei lavoratori dipendenti, al fine di evitare comportamenti ostruzionistici (per esempio, scioperi) da parte di questi ultimi, idonei a mettere a repentaglio la prosecuzione dell'attività di impresa.

Certo è che in tal modo si introduce un ulteriore *vulnus* alla *par condicio creditorum*. Resta peraltro da stabilire se il pagamento possa essere *integrale*, oppure se debba essere soltanto “*anticipato*”, nel senso che, comunque, i crediti anteriori, pur se soddisfatti durante la procedura,

debbano esserlo nei limiti della percentuale prevista nella proposta per i creditori della medesima classe (o rango). Il tenore letterale della norma ed il fatto che la richiesta di autorizzazione può essere avanzata anche in assenza della proposta fanno propendere per la prima delle soluzioni indicate.

La norma non richiede l'attestazione del professionista qualora per il pagamento siano utilizzate nuove risorse finanziarie apportate al debitore senza obbligo di restituzione (es. nuovi conferimenti dei soci) o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori (es.: finanziamenti-soci, diversi, evidentemente, da quelli che godono della prededuzione, *ex art. 182-quater*, co. 3; prestiti con clausola di subordinazione assoluta). In tali casi occorre sottolineare che il *vulnus* alla *par condicio creditorum* è solo in parte attenuato dal fatto che per il pagamento venga utilizzata nuova finanza subordinata (o senza obbligo di restituzione): ed infatti, se è vero che rispetto alla situazione ante finanziamento i restanti creditori risultano avvantaggiati (sostituendosi al credito concorrente soddisfatto quello postergato), lo stesso non può dirsi qualora la posizione di questi ultimi venga valutata considerando la situazione patrimoniale del debitore a finanziamento avvenuto, ma prima del pagamento "selettivo".

C. Si può concludere rilevando che non pochi dubbi si pongono sul *come* debba essere strutturata la proposta ai creditori di concordato con continuità aziendale, al fine dell'esatta attuazione della responsabilità patrimoniale del debitore.

Così, ad esempio, se l'impresa viene continuata dalla società debitrice, è possibile prevedere un pagamento *in percentuale* dei creditori, ferma restando la titolarità delle quote della società in capo ai soci originari? La risposta, ad avviso di chi scrive, deve essere negativa: nessuna utilità economica, infatti, debbono poter trarre i soci dalla proposta concordataria, se prima non vengono soddisfatti *integralmente* i creditori concorrenti (ivi compresi, se esistenti, i subordinati). Nel caso di soddisfacimento parziale dei creditori, il capitale sociale deve essere ridotto a zero ed i soci che intendono permanere nella compagine societaria debbono, conseguentemente, effettuare dei nuovi versamenti (da destinare ai creditori), di importo pari al valore delle quote di partecipazione al capitale della società "risanata".

E ancora: se si prevede che i creditori di un certo rango vengano soddisfatti con quote di partecipazione al capitale o obbligazioni convertibili in azioni della società debitrice (o della società cessionaria o conferitaria del patrimonio di quest'ultima), a quale valore debbono essere valutati tali titoli, anche al fine di stabilire se residui qualcosa da distribuire ai creditori del rango successivo? In tali ipotesi, attesa la prosecuzione dell'attività economica precedentemente esercitata dal soggetto in crisi, i titoli in questione dovrebbero essere valutati al valore (non già di liquidazione, bensì)

economico, in base cioè a criteri reddituali, con le difficoltà – ben note alla scienza aziendale – che la selezione di tali criteri comporta.

### 13. *Votazione.*

Il d.l. n. 83/2012 non era intervenuto sulla fase relativa alla votazione della proposta concordataria, lasciando così immutato il Capo IV del Titolo III della legge fallimentare (rubricato «*Deliberazione del concordato preventivo*»). La legge di conversione, invece, ha provveduto a modificare l'art. 178, relativo alle “adesioni alla proposta di concordato”, e ciò ha fatto: inserendo un secondo periodo al primo comma, ai sensi del quale, nel processo verbale dell'adunanza dei creditori, «E' altresì inserita l'indicazione nominativa dei creditori che non hanno esercitato il voto e dell'ammontare dei loro crediti»; stabilendo l'obbligo di comunicazione, ai creditori assenti, del rinvio dell'udienza per il completamento delle operazioni di voto (co. 3, ultimo inciso); e, soprattutto, ribaltando la regola che poteva evincersi dall'originario co. 4, il quale ora stabilisce che «I creditori che non hanno esercitato il voto possono far pervenire il proprio dissenso per telegramma o per lettera o per telefax o per posta elettronica nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale. In mancanza, si ritengono consenzienti e come tali sono considerati ai fini del computo della maggioranza dei crediti. Le manifestazioni di dissenso e gli assensi, anche presunti a norma del presente comma, sono annotati dal cancelliere in calce al verbale».

Viene così introdotto nel concordato preventivo, analogamente a quanto accade nel concordato fallimentare (§ 154), il principio del *silenzio-assenso*: il creditore che vuole esprimere il proprio dissenso sulla proposta formulata dal debitore deve, dunque, farlo espressamente, o votando negativamente nell'adunanza a ciò deputata, oppure facendo pervenire il proprio dissenso scritto nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale relativo alle operazioni di voto.

Si tratta, com'è evidente, di un ulteriore chiaro indice del rinnovato *favor* verso la soluzione concordataria, consentendo tali modifiche di raccogliere adesioni (presunte) alla proposta da parte di soggetti – di norma i creditori che vantano crediti di importo modesto – che, per indole o per ragioni economiche, risultano poco interessati alle vicende concordatarie del loro debitore. In virtù di tale principio è dunque possibile che la maggioranza, mancata in sede di adunanza dei creditori, venga raggiunta successivamente, per effetto della semplice inerzia dei creditori.

### 14. *Segue. Vicende successive all'approvazione e variazione del voto.*

Se, da un lato, le modifiche all'art. 178 consentono un più facile raggiungimento della maggioranza richiesta dalla legge ai fini dell'approvazione della proposta, dall'altro, il meccanismo introdotto dal nuovo secondo periodo dell'art. 179 – anch'esso aggiunto dalla l. n. 134/2012 – è

potenzialmente idoneo a far venir meno quella stessa maggioranza, stabilendo esso che «Quando il commissario giudiziario rileva, dopo l'approvazione del concordato, che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, ne dà avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all'udienza di cui all'articolo 180 per modificare il voto».

A. La norma si applica, dunque, nel caso in cui si verifichino, nel periodo di tempo intercorrente tra l'approvazione della proposta e il giudizio di omologazione, eventi idonei ad incidere sulla fattibilità del piano (come, ad esempio, la dichiarazione di fallimento del garante delle obbligazioni concordatarie; oppure il deperimento di un macchinario necessario per la prosecuzione dell'attività di impresa; ecc.) e determina una sorta di “riapertura dei termini” per la votazione, condizionata però all'impulso del commissario giudiziale (e non «giudiziario», come erroneamente si esprime la disposizione), che di tali eventi sopravvenuti deve dare avviso ai creditori.

Raggiunti dall'avviso, i creditori possono costituirsi fino al giorno fissato per l'udienza del giudizio di omologazione e “revocare” il proprio precedente assenso (espresso o presunto), esprimendo voto negativo sulla proposta. A questo punto possono verificarsi due alternative: che in virtù delle dichiarazioni di dissenso venga meno la maggioranza precedentemente raggiunta; oppure che, nonostante i nuovi voti negativi, permanga comunque la maggioranza a favore dell'approvazione.

Nel primo caso, il tribunale, senza neanche entrare nel merito delle eventuali opposizioni, verificato (*ex art. 180, co. 3*) il mancato raggiungimento della maggioranza di cui all'art. 177, deve dichiarare *non approvato* il concordato e chiudere così la procedura (con la solita possibilità, ricorrendone i presupposti, di dichiarare, nell'ambito del medesimo procedimento, il fallimento del debitore). Non si tratta, propriamente, di un concordato *respinto* all'esito del giudizio di omologazione (*ex art. 180, ult. co.*), perché, a ben vedere, tale ultimo giudizio presuppone l'avvenuta approvazione della proposta da parte dei creditori; bensì di un concordato, appunto, non approvato, come tale governato – a parere di chi scrive – dall'art. 179, primo periodo.

Nel secondo caso, invece, il giudizio di omologazione continua e il creditore che ha variato il proprio voto non può considerarsi, per questo solo fatto, opponente: a tal fine è infatti necessario presentare comunque apposito ricorso contenente i motivi dell'opposizione. Peraltro, data la singolarità della situazione, sembra corretto ritenere che per il “nuovo” dissenziente non valga la preclusione *ex art. 180, co. 2*, che impone agli oppositori di costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata (nulla esclude, invero, che i creditori siano avvisati dei fatti sopravvenuti nei giorni immediatamente precedenti l'udienza).

Certo, un sistema così congegnato lascia nella mani del commissario giudiziale un potere non irrilevante, apparentemente senza alcun controllo sul suo esercizio: è vero, infatti, che i creditori

possono dare impulso all'attività del commissario, ma chi decide quali eventi sono tali da pregiudicare la fattibilità del piano? E cosa succede nell'ipotesi in cui il commissario giudiziale, pur sollecitato, non agisca?

Peraltro, per come è formulata la norma non è da escludere che il commissario giudiziale debba informare i creditori anche di quei fatti sopravvenuti che, in luogo di ostacolare, facilitano l'esatta esecuzione del piano (come, ad esempio, la conclusione di un contratto particolarmente vantaggioso per l'imprenditore in crisi; oppure, il cambio di destinazione di un terreno di proprietà del debitore; ecc.), consentendo così ai creditori che avevano espresso voto negativo di aderire alla proposta. Il che, detto per inciso, solo apparentemente ha scarsa rilevanza rispetto ad una proposta già approvata: basti pensare all'ipotesi in cui, per effetto della variazione di voto, una classe si trasformi da dissenziente in assenziente, con tutto ciò che questo comporta anche ai fini del giudizio di opposizione all'omologazione.

B. Il nuovo art. 179 non sembra, viceversa, avere alcuna attinenza con l'annoso problema – più volte affrontato dalla giurisprudenza, anche di legittimità – relativo all'estensione del sindacato del tribunale in ordine alla fattibilità del piano concordatario; né con quello relativo alla possibilità, per i creditori dissenzienti, di opporsi all'omologazione adducendo la non fattibilità, appunto, del piano.

Riprendendo quanto da noi già sostenuto (§ 183), si può dunque ribadire, da un lato, che il tribunale non ha alcun potere di sindacare, d'ufficio, la fattibilità del piano – salvo che lo stesso si presenti palesemente irrealizzabile –, tale valutazione spettando ai creditori votanti; dall'altro lato, che la non fattibilità del piano può senz'altro fondare l'opposizione all'omologazione del concordato da parte del creditore dissenziente.

### *15. Il giudizio di omologazione.*

Anche il giudizio di omologazione ha subito delle modifiche; più in particolare, sono state modificate le condizioni al ricorrere delle quali è possibile opporsi all'omologazione per motivi che attengono alla convenienza della proposta.

Sul punto, è ben nota la nostra posizione (§ 199): a ciascun creditore dissenziente, vi sia o no suddivisione in classi, sia questo inserito in una classe nel complesso assenziente o dissenziente, deve essere riconosciuto il potere di opporsi all'omologazione, dimostrando la non convenienza della proposta concordataria rispetto alle alternative concretamente praticabili, ossia rispetto a quanto dallo stesso ottenibile dalla liquidazione (e successiva ripartizione) endofallimentare.

Prima dell'ultimissima riforma, l'art. 180, co. 4 attribuiva espressamente ai soli creditori dissenzienti inseriti in una classe a sua volta dissenziente tale potere, lasciando "scoperta" l'ipotesi della mancata suddivisione dei creditori in classi. La disposizione testé menzionata risulta, oggi,

nella parte che qui interessa, così riformulata: «Nell'ipotesi di cui al secondo periodo dell'art. 177 se un creditore appartenente ad una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti che rappresentano il venti per cento dei crediti ammessi al voto, contestano la convenienza della proposta, il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili».

A fronte di questa nuova formulazione, non resta che prendere atto della volontà del legislatore di *non* riconoscere al creditore dissenziente un potere individuale di opposizione per motivi di convenienza. Il che, oltre a rappresentare un grave ed ingiustificato *vulnus* ai diritti dei creditori concorrenti, può condurre a risultati paradossali. Il risultato, ad esempio, per cui uno stesso creditore, che vanta un credito pari al 20% del totale dei crediti concorrenti, può opporsi all'omologazione, se non c'è suddivisione dei creditori in classi, mentre non può opporsi all'omologazione, se v'è suddivisione e la classe di appartenenza risulta nel complesso assenziente, il paradosso annidandosi, nella situazione descritta, nel fatto che la suddivisione in classi – da cui discende, nell'esempio, il riconoscimento o meno del potere in capo al creditore – è scelta rimessa alla discrezionalità del debitore.

Anche per tali motivi, la disposizione solleva seri dubbi di legittimità costituzionale, in particolare sotto l'aspetto della sua assoluta *irragionevolezza*.

#### IV – GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

##### 16. *Rapporti fra concordato preventivo ed accordi.*

Di assai minore portata – anche se, comunque, di una certa rilevanza – sono le modifiche apportate alla disciplina degli accordi di ristrutturazione, del resto già rimaneggiata nel 2010 (§ 204). Prima di esaminarle nel dettaglio è il caso di sottolineare che il legislatore del 2012 ha ridisegnato il rapporto fra gli accordi ed il concordato preventivo, configurandoli come “rimedi” alla crisi sostanzialmente *equipollenti*. Emblematici al riguardo – oltre agli art. 182-*quater* e *quinquies*, già considerati, e l'art. 182-*sexies*, di cui si dirà appresso – sono, da un lato, il nuovo co. 6 dell'art. 161, in base al quale, come abbiamo visto (*retro*, in questa Appendice, § 8), il debitore che abbia depositato la domanda di concordato riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione può, nel termine fissato dal giudice, depositare (in luogo della proposta di concordato) la domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-*bis*, con conservazione fino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso; e, dall'altro, il nuovo co. 8 del medesimo art. 182-*bis*, a norma del quale il debitore che abbia presentato una proposta di accordo ai sensi del co. 6 sempre dello stesso articolo può depositare nel termine assegnato dal

tribunale (in luogo dell'accordo) domanda di concordato preventivo, con conservazione anche qui degli effetti della presentazione della proposta.

Il che, da un lato, ha una serie di ricadute, fra le quali quella della non necessità di una esatta corrispondenza di contenuto fra le ipotesi iniziali di soluzione compositiva della crisi e quelle finali (d'altra parte, il nuovo ottavo comma dell'art. 182-*bis* parla di deposito, non più *dell'accordo* di ristrutturazione, ma *di un accordo* di ristrutturazione, che ben potrebbe allora essere diverso da quello di cui alla proposta di partenza). E, dall'altro, potrebbe determinare un effetto di "cannibalizzazione" del procedimento di cui al co. 6 dell'art. 182-*bis* (di cui si è sempre sottolineata la macchinosità) da parte del (più snello) procedimento del concordato "in bianco".

#### 17. L'art. 182-*bis*.

Il primo co. dell'art. 182-*bis* è stato integralmente riformulato. Esso attualmente dispone: «L'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'art. 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. *d*) sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini:

*a*) entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data;

*b*) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione».

La riformulazione si giustifica, innanzi tutto, con l'esigenza di rendere il tenore della disposizione omogeneo a quello degli artt. 67, co. 3, e 161, co. 3, in punto di designazione del professionista e di compiti del medesimo, traducendosi però, sotto questo aspetto, in ritocchi puramente estrinseci. Gli elementi di effettiva novità sono altri e sono dati dalla sostituzione, in relazione al pagamento dei creditori estranei, della parola "integrale" alla parola "regolare" (ma in via interpretativa si era già giunti allo stesso risultato) e, soprattutto, dalla previsione di termini precisi per il suddetto pagamento integrale. Con il che – traendo certamente spunto da quanto previsto per il *procedimento di composizione delle crisi da sovraindebitamento* (art. 8 l. n. 3/2012: «Il piano può prevedere una moratoria fino ad un anno per il pagamento dei creditori estranei...») – si è introdotta una *moratoria legale* dalla dubbia costituzionalità, tanto più ove dovesse ritenersi (ma è opinione da respingere) che la moratoria si traduca in un differimento del termine di scadenza originario, con la conseguente esclusione della decorrenza di interessi.

Sempre con riferimento al primo comma, merita di essere sottolineato che nella documentazione di cui all'art. 161, che deve essere depositata insieme all'accordo, rientra ora anche il *piano analitico*, contemplato dalla nuova lett. *e*) di quella disposizione (v. *retro*, in questa Appendice, § 8): ed anche questo rappresenta una novità.

Anche altri co. dell'art. 182-*bis* sono stati modificati. In particolare, al terzo co. primo periodo dopo le parole patrimonio del debitore si è aggiunta l'espressione «, né acquisire titoli di prelazione non concordati», in tal modo rendendo la disposizione omogenea a quella del co. 6; al sesto co., primo periodo, si è aggiunta la precisazione che la documentazione da depositare con la proposta di accordo è solo quella di cui all'art. 161, co. 2, lett. *a*), *b*), *c*) e *d*), con ciò chiarendo che non deve essere depositato il piano analitico di cui alla nuova lett. *e*); e all'ottavo comma è stata inserita la proposizione di cui si è detto al paragrafo precedente.

#### 18. *Finanziamenti e pagamento di crediti anteriori.*

Delle modifiche apportate dalla nuova legge all'art. 182-*quater* che detta disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione si è già detto (*retro*, in questa Appendice, § 11) e non è necessario aggiungere altro.

Qualche notazione merita invece il nuovo art. 182-*quinquies* che detta disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti. Queste disposizioni, come già sappiamo (*retro*, in questa Appendice, § 11), consentono al debitore che abbia presentato una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione o una proposta di accordo di chiedere al tribunale di essere *autorizzato*, a certe condizioni, a contrarre *finanziamenti prededucibili*, anche con la concessione di pegno o ipoteca: co. 1, 2, 3; e, inoltre, di essere *autorizzato*, sempre a certe condizioni, a pagare *crediti anteriori* per prestazioni di beni o servizi: co. 4, 5, il quale ultimo, con riferimento ai soli accordi di ristrutturazione precisa che il pagamento in tal modo effettuato è sottratto alla revocatoria *ex art. 67*. Orbene, per la parte relativa agli accordi di ristrutturazione, queste disposizioni sollevano molte perplessità.

Infatti, il meccanismo di autorizzazione in esse previsto, se ha un senso con riferimento al concordato preventivo, nell'ambito del quale fin dalla domanda di ammissione si producono ormai, come si è visto (*retro*, in questa Appendice, § 9), limitazioni ai poteri di amministrazione del debitore, *nessun senso* può avere nell'ambito degli accordi di ristrutturazione. Il debitore che abbia presentato domanda di omologazione di un accordo e, *a fortiori*, il debitore che abbia presentato una semplice proposta di accordo non subisce, per effetto di questa presentazione, alcuna limitazione o vincolo nei poteri di amministrazione del proprio patrimonio, che conserva integri per

tutta la durata del procedimento *ex art. 182-bis* ed anche oltre l'omologazione. Queste disposizioni, per la parte che qui interessa, parrebbero, dunque, essere viziate da assoluta *irragionevolezza*.

Né si potrebbe pensare di superare l'ostacolo affermando che nei casi in questione non si sarebbe in presenza di un'autorizzazione in senso proprio (come rimozione, cioè, di un limite), bensì dell'*attribuzione (ex ante)* da parte del giudice di una "qualità" ad un certo credito o ad un certo atto, rispettivamente la qualità della *prededucibilità* al credito da finanziamento e dell'*irrevocabilità* al pagamento. Perché è da dubitare che un simile potere possa essere rimesso ad un giudice: è solo la legge che può stabilire quando un certo tipo di credito è prededucibile (v. del resto l'art. 111) o quando un certo tipo di atto è sottratto a revocatoria.

## V – IL PROFESSIONISTA ATTESTATORE

### 19. *Notazioni generali.*

Una delle novità più interessanti della riforma del 2005-2007 è stata l'introduzione nella disciplina delle crisi di impresa della figura del *professionista attestatore*, al quale sono stati attribuiti compiti importanti quanto delicati: specificamente, compiti di verifica e, appunto, di attestazione con riguardo al piano *ex artt. 67 e 161* ed all'accordo *ex art. 182-bis* (ma vanno ricordate anche le previsioni degli artt. 124 e 160, in punto di valutazione dei beni sui quali sussista una causa di prelazione). A questa figura si è ispirata la l. n. 3/2012, che, nel disciplinare il già ricordato *procedimento di composizione delle crisi da sovraindebitamento* (sul quale v. §§ 211 ss.), ha previsto appositi "organismi" ai quali ha attribuito una serie di funzioni, fra cui, in particolare, la verifica della veridicità dei dati contenuti nella proposta del debitore e la attestazione di fattibilità del piano di composizione della crisi, prevedendo anche, all'art. 19, una apposita *sanzione penale* per falsità delle attestazioni.

### 20. *Requisiti, compiti e responsabilità del professionista.*

a) Proseguendo nella linea della valorizzazione della figura che stiamo considerando, il d.l. n. 83/2012, innanzi tutto, ha ridisegnato, nell'art. 67, co. 3, lett. *d*) – in modo, peraltro, sovrabbondante e talvolta decisamente ridondante – i *requisiti* del professionista, il quale:

- deve avere i requisiti richiesti dall'art. 28, lett. *a*) e *b*), per la nomina a curatore;
- deve essere iscritto nel registro dei revisori legali;
- pur *dovendo essere* nominato (e quindi scelto) dal debitore, deve essere effettivamente *indipendente* rispetto a quest'ultimo (cioè, precisa la norma, non deve essere legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione da rapporti di natura *personale* o *professionale* tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio);

- deve «essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 cod. civ.» (o, più esattamente, non si deve trovare in nessuna delle situazioni che quella disposizione del codice civile considera come cause di ineleggibilità o decadenza dei sindaci di s.p.a.);

- «non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo».

La figura del professionista attestatore è dunque ormai nitidamente contraddistinta, per un verso, da specifica ed elevata connotazione professionale e, dall'altro, da una posizione di assoluta *terzietà* rispetto ai soggetti e agli interessi coinvolti, che dovrebbe assicurare l'altrettanto assoluta *imparzialità* delle valutazioni ed attestazioni rilasciate dal professionista, aumentandone il grado di *attendibilità*.

La nuova legge non precisa quali conseguenze possano derivare dal *difetto* dei requisiti prescritti e, in particolare, dal difetto del requisito dell'indipendenza. E' da ritenere, comunque, che questo difetto si traduca in un *vizio* della designazione da parte del debitore e, quindi, del rapporto da esso scaturente, destinato a privare di qualsiasi effetto gli atti (relazioni, ecc.) che il professionista abbia compiuto nell'esecuzione dell'incarico: con tutte le conseguenze che allora ne potranno derivare (così, nel caso del piano di risanamento di cui all'art. 67, ne discenderà l'impossibilità di avvalersi dell'esenzione da revocatoria per gli atti compiuti in esecuzione del medesimo; nel caso dell'art. 161, ne discenderà il prodursi di una grave *irregolarità* che impedirà l'ammissione al concordato preventivo o, se constatata successivamente, determinerà la revoca dell'ammissione).

b) La nuova legge ha, poi, precisato e soprattutto arricchito i compiti del professionista attestatore.

Così, da un lato, ha proceduto a riformulare, in termini omogenei, la descrizione dei compiti del professionista con riguardo alle tre ipotesi "tradizionali", quella dell'art. 67, relativa ai piani di risanamento, quella dell'art. 161, relativa alla domanda ed al piano di concordato, quella dell'art. 182-*bis*, relativa agli accordi di ristrutturazione: in tutti questi casi il professionista deve *attestare* la "veridicità" dei dati aziendali e la "fattibilità" del piano o la "attuabilità" dell'accordo.

Dall'altro, ha inserito molte altre ipotesi di intervento del professionista attestatore:

- in base all'art. 161, co. 3, nell'ipotesi di modifiche sostanziali della proposta di concordato o del piano il debitore deve presentare una nuova relazione del professionista;

- in base all'art. 182-*quinquies*, co. 1, il debitore che abbia presentato domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione può ottenere dal tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti, solo se un professionista in possesso dei requisiti previsti appunto dall'art. 67, «verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa

sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori»;

- in base all'art. 182-*quinquies*, co. 4 e 5, il debitore che abbia presentato domanda di ammissione al concordato con continuità aziendale o domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione o una proposta di accordo può ottenere dal tribunale l'autorizzazione a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi solo se un professionista in possesso dei soliti requisiti «attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori»;

- in base all'art. 186-*bis*, co. 2, nell'ipotesi di concordato con continuità aziendale, la relazione del professionista di cui all'art. 161 deve attestare anche che la prosecuzione dell'attività di impresa prevista dal piano è funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori;

- in base all'art. 186-*bis*, co. 3, sempre nell'ipotesi di concordato con continuità aziendale, l'ammissione al medesimo non impedisce la continuazione di “contratti pubblici” se il professionista in possesso dei requisiti *ex art. 67* attesta la conformità della prosecuzione di tali contratti al piano e la «ragionevole capacità di adempimento» da parte del debitore;

- in base all'art. 186-*bis*, co. 4, ancora nell'ipotesi di concordato con continuità aziendale, l'ammissione al medesimo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici quando l'impresa presenta in gara, fra l'altro, la relazione di un professionista in possesso dei soliti requisiti il quale, di nuovo, attesti la conformità al piano (della partecipazione alla procedura di assegnazione) e la «ragionevole capacità di adempimento» del contratto eventualmente aggiudicato da parte del debitore.

Compito centrale del professionista, nelle vecchie come nelle nuove ipotesi, risulta dunque quello di *attestare*. Il che impone subito di chiarire che il termine è stato usato dal legislatore in senso assolutamente generico. Attestare propriamente significa “produrre una certezza, certificare”. Nel nostro caso, l'attestazione del professionista non produce alcuna *certezza*, men che meno una *certezza legale* e, pur se può essere il frutto anche di accertamenti, è assolutamente irriducibile ad una “certificazione”. L'attestazione esprime un *giudizio*, una valutazione (in chiave soprattutto prognostica) ed è pertanto riconducibile piuttosto ad un *parere*, caratterizzato dalla particolare competenza tecnica ed imparzialità del suo autore, che – come si è già avuto modo di sottolineare – imprimono (o dovrebbero imprimere) alla medesima un rilevante grado di *attendibilità*. L'attestazione – si può aggiungere – è espressione non di una discrezionalità valutativa assoluta ma di una discrezionalità, in senso lato, tecnica, che ne determina la sindacabilità, in principio, sotto il profilo della correttezza del metodo adottato, della completezza e coerenza dell'analisi, della plausibilità dei risultati, ecc.

In tutte le ipotesi previste, vecchie e nuove, l'intervento del professionista ha la funzione di "garantire" (di nuovo: in senso lato), attraverso attestazioni dotate appunto di particolare affidabilità, sia la corrispondenza a realtà dei dati forniti dal debitore sia la idoneità delle proposte o dei programmi del medesimo a soddisfare gli interessi coinvolti. Peraltro, il ruolo attribuito alle relazioni/attestazioni, nelle nuove ipotesi, non è sempre uguale a quello ad esse spettante nelle ipotesi "tradizionali": non lo è, in particolare, da un lato, nelle ipotesi in cui la relazione del professionista costituisce uno dei presupposti necessari per ottenere una autorizzazione (art. 182-*quinquies*, co. 1, 4, 5) e, dall'altro, nelle ipotesi in cui la relazione del professionista costituisce una condizione per la continuazione o la stipulazione di "contratti pubblici" (art. 186-*bis*, co. 3, 4). Il che, poi, incide sul grado di "vincolatività" della relazione/attestazione: con riferimento alle ipotesi "tradizionali" (alle quali vanno ricondotte quelle, nuove, di cui agli artt. 161, co. 3 e 186-*bis*, co. 2), è da ritenere, alla luce di quanto osservato prima, che il tribunale non abbia il potere di procedere *direttamente* alle valutazioni che la legge attribuisce al professionista, ma abbia solo il potere/dovere di valutare la completezza, coerenza e plausibilità dell'attestazione del medesimo (§§ 183, 208); con riguardo alle ipotesi in cui la attestazione è richiesta per ottenere una autorizzazione, un problema di "vincolatività" neppure si pone, perché il rilascio o meno dell'autorizzazione resta comunque affidato alla discrezionalità del tribunale; con riferimento, infine, alle ipotesi in cui l'attestazione è richiesta per la continuazione o la stipulazione di "contratti pubblici" sembra, invece, che la "vincolatività" sia massima (parrebbe da ammettere, comunque, la possibilità per gli eventuali interessati – a cominciare dalla stessa controparte pubblica – di contestare, nella appropriata sede giudiziaria, la attestazione del professionista, quanto meno sotto i consueti profili della completezza, coerenza e plausibilità).

c) Il d.l. n. 83 infine, sulla scia dell'art. 19 della l. n. 3/2012 prima ricordato, ha introdotto l'art. 236-*bis*, il quale – sotto la rubrica *Falso in attestazioni e relazioni* – stabilisce: «Il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli artt. 67, co. 3, lett. d), 161, co. 3, 182-*bis*, 182-*quinquies*, 186-*bis* espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro. Se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata. Se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà».

La nuova legge non tocca, invece, il profilo della responsabilità *civile* del professionista attestatore, che resta regolato dal diritto comune. Si può solo aggiungere che le fattispecie penali di cui all'appena menzionato art. 236-*bis* potranno, in presenza di un danno, integrare anche gli estremi dell'illecito contrattuale (nei confronti del debitore) o extracontrattuale (nei confronti dei creditori o di altri eventuali interessati).

## VI – PROCEDURE DI SOLUZIONE DELLE CRISI E SCIOGLIMENTO DELLE SOCIETÀ

### 21. *Riduzione del capitale per perdite e causa di scioglimento.*

Il nuovo art. 182-*sexies* stabilisce che «Dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'art. 161, co. 6, della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182-*bis* ovvero della proposta di accordo a norma del sesto comma dello stesso articolo e sino all'omologazione non si applicano gli artt. 2446, co. 2 e 3, 2447, 2482-*bis*, co. 4, 5, 6, e 2482-*ter* cod. civ. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, n. 4, e 2545-*duodecies* cod. civ.

Resta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle domande e della proposta di cui al primo comma l'applicazione dell'art. 2486 cod. civ.».

Questa disposizione – come si precisa nella relazione di accompagnamento al d.l. – recepisce l'orientamento, formatosi anteriormente alla riforma del 2005-2007 e condiviso anche da chi scrive, secondo il quale l'apertura della procedura di concordato preventivo “blocca” l'operatività dell'obbligo di riduzione del capitale per perdite superiori ad un terzo e della causa di scioglimento rappresentata dalla riduzione del capitale al di sotto del minimo legale: ciò perché, per effetto di tale apertura, i crediti verso la società diventano *inesigibili*. Data questa ragione, qualche perplessità solleva – al solito – l'estensione della regola al procedimento per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione. Tale estensione è il frutto, ancora una volta, dell'idea di una sostanziale equipollenza fra concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione di cui si è detto prima: una idea, però, che non può far dimenticare la radicale *diversità* fra le situazioni in cui il debitore si viene a trovare per effetto della presentazione di una domanda di ammissione al concordato preventivo o, invece, di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione.

L'ultimo co. dell'art. in esame precisa che resta ferma, per il periodo *anteriore* alla presentazione della domanda, l'applicazione dell'art. 2486 c.c. ai sensi del quale, al verificarsi di una causa di scioglimento, gli amministratori conservano il potere di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale. Non è molto chiara l'esatta portata di questa precisazione, che potrebbe apparire del tutto superflua. Quel che si può dire, comunque, è che, verificatasi la causa di scioglimento per riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, gli amministratori debbono scegliere fra queste due alternative: o accertare la causa di scioglimento *ex art.* 2485 c.c. e, quindi, aprire la fase di liquidazione o presentare una domanda di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione. E' il caso di

sottolineare, per completezza di analisi, che l'ingresso di una società di capitali nella fase di liquidazione in ogni caso non impedisce la presentazione di una simile domanda, neppure nel segno della continuità aziendale: lo stato di liquidazione, infatti, non preclude affatto la continuazione dell'impresa (*sub specie* del c. d. "esercizio provvisorio" *ex art.* 2487 c.c.).

## VII – L'AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA DELLE GRANDI IMPRESE IN STATO DI INSOLVENZA

### 22. Scelta degli esperti; compensi degli organi e degli ausiliari.

Come si è detto all'inizio, il decreto "sviluppo" è intervenuto, con l'art. 50, anche sulla disciplina dell'amministrazione straordinaria: si è trattato, nel complesso, di interventi abbastanza marginali, circoscritti alla scelta dei commissari (giudiziali e straordinari) e degli esperti, ai collaboratori del commissario straordinario e al compenso dei commissari (di nuovo: giudiziali e straordinari) e dei membri del comitato di sorveglianza; e tutti ispirati ad una logica di contenimento dei costi.

a) In base all'art. 39, co. 2, d.lgs. n. 270/1999 spetta al Ministro dell'industria (oggi Ministro dello sviluppo economico) fissare, con proprio decreto, i criteri per la scelta degli esperti la cui opera è richiesta dalla procedura. Si è ora precisato che, nello stesso decreto, devono essere altresì stabiliti «gli obblighi da osservare circa la pubblicità degli incarichi conferiti e dei relativi costi, al fine di garantire piena trasparenza alla procedura».

b) Il co. 1 dell'art. 41 d.lgs. n. 270/1999 – che prevede la facoltà del commissario straordinario di delegare ad altri proprie funzioni – è stato integrato con la precisazione che «L'onere per il compenso del delegato è detratto dal compenso del commissario» (precisazione che ricalca quella già contenuta nell'art. 32, co. 1, l.fall. a proposito del delegato del curatore).

Il co. 2 del medesimo articolo è stato integralmente riformulato ed oggi recita: «Il commissario può essere autorizzato dal comitato di sorveglianza a farsi coadiuvare da tecnici o da altre persone retribuite, compreso il fallito, sotto la propria responsabilità e ad attribuire a professionisti ed esperti incarichi di consulenza e collaborazione tecnica e professionale limitatamente ai casi di effettiva necessità e previa verifica circa la insussistenza di adeguate professionalità tra i dipendenti dell'impresa».

La nuova disposizione pare, per più aspetti, decisamente poco felice. Innanzi tutto, la sua prima parte ricalca pedissequamente l'art. 32, co. 2, l.fall. con risultati assolutamente incongrui: vuoi per l'assurdo riferimento al "fallito", vuoi perché introduce un'ipotesi di autorizzazione da parte del comitato di sorveglianza completamente estranea alle funzioni proprie di quest'organo (che non può certo essere *tout court* assimilato al comitato dei creditori). Con riferimento alla disposizione nel suo insieme, poi, non è affatto chiaro se vi sia differenza e quale sia fra i coadiutori e gli affidatari di «incarichi di consulenza e collaborazione tecnica e professionale». Infine, manca – ed è ben

strano in una normativa ispirata, come si è detto, a finalità di contenimento della spesa – una previsione analoga a quella contenuta nel già ricordato art. 32, co. 2, l.fall., secondo la quale del compenso riconosciuto ai coadiutori si tiene conto ai fini della liquidazione del compenso finale al curatore.

c) L'art. 47, in materia di compensi degli organi dell'amministrazione straordinaria, era già stato modificato dall'art. 8, co. 3, lett. c), n. 4 d.l. n. 70/2011, conv. dalla l. n. 106/2011 (v. § 201). Esso è stato nuovamente modificato ed oggi stabilisce che l'ammontare del compenso spettante al commissario straordinario, al commissario giudiziale ed ai membri del comitato di sorveglianza ed i relativi criteri di liquidazione sono determinati con decreto del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'economia, il quale dovrà tener conto anche di quanto stabilito dal D.M. n. 30 del 2012 in materia di compensi per il curatore fallimentare e nel concordato preventivo ed attenersi, comunque, ad una serie di criteri analiticamente indicati (determinazione del compenso del commissario giudiziale in misura fissa, tra un minimo ed un massimo definiti in relazione alle dimensioni dell'impresa, tenuto conto anche dell'eventuale affidamento della gestione dell'esercizio; articolazione del compenso del commissario straordinario in una parte remunerativa dell'attività gestionale, parametrata al fatturato dell'impresa, ed in una parte remunerativa dell'attività concorsuale, da liquidarsi in rapporto all'attivo realizzato e al passivo della procedura, secondo aliquote individuate in misura non superiore all'80% di quelle vigenti per i curatori fallimentari; determinazione del compenso dei membri esperti del comitato di sorveglianza secondo importi minimi e massimi definiti in relazione al numero degli occupati, al fatturato e al numero delle imprese del gruppo).

## VIII – CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

### 23. *Le “ombre” della nuova normativa.*

La nuova normativa presenta molte luci, ma anche molte ombre. Di alcune si è già detto; ma ve ne sono molte altre. Per esempio: non mancano formulazioni oscure o imprecise, e anche manifestazioni di impressionante sciatteria.

Emblematico è il nuovo co. 5 dell'art. 101 d.P.R. n. 917/1986, come sostituito dal co. 5 dell'art. 33 del d.l. n. 83/2012 (integrato in sede di conversione), per il quale «Le perdite di beni di cui al co. 1, commisurate al costo non ammortizzato di essi, e le perdite su crediti sono deducibili se risultano da elementi certi e precisi e in ogni caso, per le perdite su crediti, se il debitore è assoggettato a procedure concorsuali o ha concluso un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'art. 182-*bis* del r.d. 16 marzo 1942, n. 267. Ai fini del presente comma, il debitore si considera assoggettato a procedura concorsuale dalla data della sentenza dichiarativa del fallimento o del

provvedimento che ordina la liquidazione coatta amministrativa o del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo o del decreto di omologazione dell'accordo di ristrutturazione o del decreto che dispone la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi». A parte gli autentici errori che costellano questa disposizione, colpisce la constatazione che in essa l'accordo di ristrutturazione dei debiti è *contemporaneamente* considerato un procedimento distinto dalle procedure concorsuali (primo periodo) e, invece, una procedura concorsuale (secondo periodo).

Ma emblematico è anche il nuovo co. 2 dell'art. 41 del d. lgs. n. 270/1999 dove – e lo si è già visto – fra i possibili coadiutori del commissario straordinario si include espressamente “il *fallito*”.

Uno dei “vizi” più gravi della normativa introdotta dall'art. 33 è comunque costituito dalla stessa prospettiva di fondo adottata: quella che ha portato a circoscrivere l'intervento, finalizzato come risulta dalla stessa rubrica del suddetto articolo a favorire la continuità aziendale, essenzialmente alla procedura di concordato preventivo ed al procedimento di omologazione degli accordi di ristrutturazione. Si è già avuto occasione (*retro*, in questa Appendice, §§ 9 e 10) di evidenziare talune conseguenze negative del modo in cui questa prospettiva ha trovato traduzione sul piano normativo. Qui si può aggiungere che, adottandola, si è dimenticato (assurdamente) che il tema della salvaguardia della continuità aziendale, dopo la riforma del 2005-2007, è centrale anche nel fallimento, nel quadro, in particolare, del concordato fallimentare; e si è, d'altra parte, trascurato di considerare che intervenire solo sulle regole procedurali che governano il concordato preventivo avrebbe comportato – come ha comportato – la *rottura* di quella omogeneità di disciplina fra concordato preventivo e concordato fallimentare che era stata così faticosamente conseguita nell'ambito di tale riforma.

Il che poi lascia presagire – e con questo ci si ricollega alla premessa – un nuovo intervento, a breve, del legislatore per recuperare la suddetta omogeneità: proseguendo allora la spirale senza fine dei “rimbalzi” da una legge all'altra che sembra ormai contraddistinguere la nostra legislazione in materia di disciplina delle crisi.

ALESSANDRO NIGRO – DANIELE VATTERMOLI