

Anno 11 – Numero 14

17 luglio 2013

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

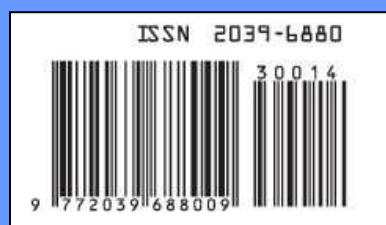
COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

Atti del convegno

*I “ritocchi” alla legge fallimentare: una riforma
incompleta?*

Alba, 17 novembre 2012

ItaliaOggi



DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con il supporto
degli Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili
di:

Bergamo, Biella, Busto Arsizio, Casale Monferrato,
Crema, Cremona, Lecco, Mantova, Monza e Brianza,
Verbania



NDS collabora con la rivista:



VÍA CRISIS
Revista Electrónica de Derecho Concursal

SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Matthias Casper, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Toni M. Fine, Patrizia Grosso, Javier Juste, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Alberto Musy, Gabriele Racugno, Paolo Reviglione, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

COMITATO DI INDIRIZZO

Carlo Luigi Brambilla, Alberto Carrara, Paola Castiglioni, Luigi Gualerzi, Stefano Noro, Carlo Pessina, Ernesto Quinto, Mario Rovetti, Michele Stefanoni, Mario Tagliaferri, Maria Rachele Vigani, Ermanno Werthhammer

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

Paola Balzarini, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Alessandra Del Sole, Massimiliano Desalvi, Elena Fregonara, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Enrico Rossi, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Maria Venturini

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Margherita Bianchini, Fabio Bartolomeo, Charles G. Case II, Gino Cavalli, Bruno Inzitari, Filippo Lamanna, Alberto Mazzoni, Luciano Panzani, Massimo Pasquali, Enrico Stasi

ERRATA CORRIGE: Si segnala che il contributo di Barbara Petrazzini, pubblicato in questa *Rivista*, n. 13/2012, p. 12 è destinato al volume COTTINO-CAGNASSO (diretto da), *Le nuove società di persone*, Zanichelli, Bologna, in corso di pubblicazione.

INDICE

ATTI DEL CONVEGNO

I “ritocchi” alla legge fallimentare: una riforma incompleta

Alba, 17 novembre 2012

<i>Introduzione al tema</i> di Gino Cavalli	10
<i>Gli effetti delle riforme del 2005-2010 sull’andamento delle procedure concorsuali. Indagine statistica del Ministero della Giustizia e di Assonime</i> di Margherita Bianchini e Fabio Bartolomeo	16
<i>Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell’opposizione degli estranei e dei terzi</i> di Bruno Inzitari	59
<i>Il concordato senza piano</i> di Filippo Lamanna	77
<i>L’organizzazione interna della banca a fronte della nuova disciplina</i> di Massimo Pasquali	115
<i>Terzietà dell’attestatore</i> di Enrico Stasi	117
<i>Le esperienze straniere</i> di Luciano Panzani	123
<i>Reform of the EuIR: the US perspective</i> di Charles G. Case II	128
<i>La disciplina europea dell’insolvenza transfrontaliera: problemi aperti e prospettive di riforma</i> di Alberto Mazzoni	132

SOMMARIO

ATTI DEL CONVEGNO

I “ritocchi” alla legge fallimentare: una riforma incompleta

Alba, 17 novembre 2012

Introduzione al tema

La relazione introduce il tema del convegno e offre alcune riflessioni sull’impatto che la riforma ha avuto sull’andamento dei procedimenti fallimentari.

di **Gino Cavalli**

Gli effetti delle riforme del 2005-2010 sull’andamento delle procedure concorsuali. Indagine statistica del Ministero della Giustizia e di Assonime

La relazione espone i risultati di una indagine condotta dall’Assonime in collaborazione con il Ministero della Giustizia volta a valutare l’impatto dei diversi interventi normativi succedutisi a partire dal 2005 e che hanno riformato il sistema delle procedure concorsuali.

di **Margherita Bianchini e Fabio Bartolomeo**

Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell’opposizione degli estranei e dei terzi

La relazione analizza gli accordi di ristrutturazione, anche nei gruppi di società.

di **Bruno Inzitari**

Il concordato senza piano

L’Autore esamina la disciplina del c.d. concordato senza piano, soffermandosi in particolare sulla trattazione degli aspetti di carattere procedimentale, nonché sulla compatibilità del pre-concordato con le autorizzazioni speciali che il Tribunale può concedere.

di **Filippo Lamanna**

SOMMARIO

L'organizzazione interna della banca a fronte della nuova disciplina

L'Autore riferisce delle strutture ad hoc istituite presso la banca in cui opera al fine di gestire gli imprenditori in stato di crisi.

di **Massimo Pasquali**

Terzietà dell'attestatore

L'Autore esamina lo "statuto" del professionista attestatore, soffermandosi in particolare sul requisito della "terzietà".

di **Enrico Stasi**

Le esperienze straniere

La relazione offre alcuni spunti critici nella prospettiva dell'imminente riforma del Regolamento europeo sull'insolvenza transfrontaliera.

di **Luciano Panzani**

Reform of the EuIR: the US perspective

La relazione si focalizza sui contenuti noti della riforma dell'EuIR, mettendoli in relazione con l'esperienza statunitense.

di **Charles G. Case II**

La disciplina europea dell'insolvenza transfrontaliera: problemi aperti e prospettive di riforma

L'Autore esamina la disciplina europea dell'insolvenza transfrontaliera, con particolare riferimento ai problemi aperti ed alle prospettive di riforma.

di **Alberto Mazzoni**

INDEX-ABSTRACT

ATTI DEL CONVEGNO

I “ritocchi” alla legge fallimentare: una riforma incompleta

Alba, 17 novembre 2012

- Introduction to the Topic** 10
The report introduces the topic of the conference and offers some reflections on the impact that the reform has had on the state of insolvency proceedings.
by **Gino Cavalli**
- The Effects of the Reforms of 2005-2010 on the Progress of Insolvency Proceedings. Statistical Survey of the Ministry of Justice and Assonime** 16
The report describes the results of a survey conducted by Assonime in collaboration with the Ministry of Justice to assess the impact that the various regulatory interventions, which have taken place since 2005, have had in reforming the system of insolvency proceedings.
by **Margherita Bianchini** and **Fabio Bartolomeo**
- The so-called “accordi di ristrutturazione” pursuant to art. 182-bis l. fall.: Nature, Function and Limits to the Opposition by Third Parties.** 59
The report analyzes the so-called “accordi di ristrutturazione”, even in groups of companies.
by **Bruno Inzitari**
- The so-called “concordato senza piano”** 77
The Author examines the so-called “concordato senza piano”, focusing in particular on procedural aspects, as well as on the compatibility of the “pre-composition with creditors” with the special permissions that the Court may grant.
by **Filippo Lamanna**
- The Internal Organization of the Bank in the Light of the New Discipline** 115
The author explains the structures set up within the bank in which he operates in order to manage the entrepreneurs who are in a state of crisis.
by **Massimo Pasquali**

INDEX-ABSTRACT

- The Attester's Impartiality** 117
The Author examines the "statute" of the professional attester, focusing in particular on the requirement of "impartiality".
by **Enrico Stasi**
- The Foreign Experiences** 123
The report offers some critical insights from the perspective of the upcoming reform of the EU Regulation on cross-border insolvency.
by **Luciano Panzani**
- Reform of the EuIR: the US perspective** 128
The report focuses on the contents of the reform of the EuIR, by relating them to the U.S. experience.
by **Charles G. Case II**
- The European Cross-border Insolvency Law: Problems and Prospects for Reform** 132
The Author examines the European cross-border insolvency law, with particular reference to the problems and the prospects for reform.
by **Alberto Mazzoni**

ASSOCIAZIONE ALBESE

STUDI DIRITO COMMERCIALE

XIX CONVEGNO NAZIONALE DI STUDI

**I “RITOCCHI” ALLA LEGGE
FALLIMENTARE: UNA RIFORMA
INCOMPLETA?**



ALBA

Sabato 17 Novembre 2012

RELAZIONI A CONVEGNI

INTRODUZIONE AL TEMA

La relazione introduce il tema del convegno e offre alcune riflessioni sull'impatto che la riforma ha avuto sull'andamento dei procedimenti fallimentari.

di GINO CAVALLI

1. Il nostro Convegno intende fare il punto sul funzionamento delle procedure concorsuali, muovendo, tuttavia, da un angolo visuale specifico e cioè prendendo avvio dall'interessante e meritoria indagine statistica portata avanti da Assonime in collaborazione con il Ministero della Giustizia e datata aprile 2012.

La storia e la metodologia di questa indagine verranno illustrate dagli oratori che seguono.

Dal punto di vista dei contenuti e quale generale introduzione all'argomento, è comunque inevitabile segnalare come lo studio evidenzi, in larga parte, notevoli difficoltà di avvio e di funzionamento dei modelli stragiudiziali di composizione della crisi.

Su questo piano si sono registrate obiettive carenze normative alle quali si è tentato e tuttora si tenta di porre rimedio, attraverso un paziente lavoro di affinamento delle norme. Ma non vi sono estranei anche fattori di resistenza ideologica: da un lato, gli imprenditori tardano a prendere coscienza della crisi e spesso arrivano ad attivarsi solo quando si è verificata una situazione ormai irrimediabile; dall'altro lato, l'autorità giudiziaria fatica ad ammettere una gestione privatistica delle situazioni di crisi e a dismettere una permanente funzione tutoria del ceto creditorio, spesso considerato incapace di perseguire da solo e in modo consapevole la via più consona al perseguimento dei propri interessi. Per altro verso ancora, il mondo bancario, solitamente punito in ogni possibile occasione dal legislatore e dalla giurisprudenza, appare restio ad assumere su di sé il rischio di supporto e salvataggio delle imprese in crisi.

Del travaglio del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione si discuterà nella sessione pomeridiana, ove saranno inevitabilmente affrontati anche i problemi posti dalle recenti novità legislative, sulla scia di un'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che in questi anni è stata assai intensa.

E' logico che questi istituti, introdotti *ex novo* dalla riforma e ritenuti particolarmente qualificanti nel nuovo sistema concorsuale, abbiano attirato l'attenzione preminente dei giuristi e degli operatori.

RELAZIONI A CONVEGNI

INTRODUZIONE AL TEMA DEL CONVEGNO

Ma il fallimento? Qui si registra da parte degli studiosi un silenzio pressoché tombale, quasi che a questo vecchio e obsoleto istituto, le cui origini si perdono nella notte dei tempi, non fosse più il caso di dedicare soverchia attenzione. E' naturale, del resto che l'attività del rianimatore sia giudicata più importante ed appetibile rispetto a quella del perito settore.

Rimane il fatto, tuttavia, che anche sul fallimento la riforma ha operato o tentato di operare importanti modifiche.

Certamente è vero che l'area operativa del fallimento si è andata sensibilmente riducendo nel tempo. Da un lato, ne sono tendenzialmente escluse le grandi imprese, per quanto oggi la soluzione dell'amministrazione straordinaria non rappresenti più un modello esclusivo di composizione. Dall'altro lato e all'opposto, la riforma ha escluso le imprese di dimensioni modeste, allargando non poco, a tal fine, quella che un tempo era la nozione di piccolo imprenditore.

Sembra innegabile, tuttavia, che anche oggi il fallimento rivesta pur sempre una posizione di rilievo di fronte al fenomeno dell'insolvenza delle imprese di medie dimensioni, che – lo si legge continuamente – formano un tessuto d'importanza non secondaria e anzi vitale, nel sistema Italia.

Ciò è indubbio almeno dal punto di vista dei numeri, se è vero che, al mese di settembre 2012, a fronte di poco meno di 580 concordati preventivi, erano stati dichiarati ben 8.718 fallimenti (in aumento rispetto al 2011 e soprattutto agli anni precedenti) con un ritmo di circa 35 dichiarazioni al giorno. E vero che, stando ai dati a disposizione, tanto maggiore è la dimensione della media impresa, tanto più numerosi sono i tentativi d'impiantare (ma non sempre con successo) soluzioni concordate della crisi. Ma la sproporzione numerica rispetto alle procedure negoziate resta altissima, non senza aggiungere, per ciò che attiene ai rapporti fra fallimento e concordato, che in ambedue le fattispecie è stato sinora decisamente preponderante il fatto della già intervenuta cessazione dell'attività d'impresa, con conseguente finalità meramente liquidatoria anche della seconda procedura.

Permettetemi, allora, di soffermare la mia attenzione proprio sull'impatto che la riforma ha avuto sull'andamento dei procedimenti fallimentari, considerando che, probabilmente, nessun altro in questa sede se ne occuperà, anche allo scopo di verificare se, in questo continuo *work in progress*, non sia il caso di pensare a qualche modifica che investa pure le disposizioni più strettamente fallimentaristiche.

Naturalmente, non è possibile qui un'analisi completa. Io mi limiterò ad offrire alla vostra riflessione alcuni dati sparsi che mi hanno particolarmente colpito.

2. Art. 15.

L'introduzione dell'art. 15 aveva destato in alcuni il timore di un sensibile rallentamento nei tempi occorrenti per la pronuncia della sentenza dichiarativa, a causa dell'accentuata procedimentalizzazione della fase prefallimentare combinata con la

RELAZIONI A CONVEGNI

INTRODUZIONE AL TEMA DEL CONVEGNO

nuova necessità di accertare le soglie di fallibilità introdotte dall'art. 1 di risolvere tutti i correlativi problemi probatori (ad esempio, con l'esplicita ammissibilità di prove di cosiddetta "lunga indagine", quali la consulenza tecnica).

Lo studio statistico sembra evidenziare come questi timori si siano rivelati, almeno in parte, infondati, anche se non dispongo di dati precedenti all'entrata in vigore della riforma.

I tempi restano relativamente contenuti, almeno ai fini del decorso dell'anno ex art. 10 (un po' meno per la revocatoria fallimentare, ma qui il discorso non è tanto riportabile all'art. 15, quanto al riformato art. 67, 2° comma).

La statistica ci dice infatti che nel 38% dei casi si è giunti alla sentenza dichiarativa entro due mesi e nel 35% da due a quattro mesi. Vi sono, tuttavia, anche ritardi significativi, che però non si sa se collegare all'art. 15 o alla semplice perdurante disorganizzazione di certi tribunali.

Un altro elemento mi è parso interessante. E' noto che il riformatore, anziché percorrere la via di retrodatare almeno alcuni degli effetti del fallimento al deposito dell'istanza, invece che alla data della sentenza, aveva però introdotto il correttivo dei provvedimenti cautelari o conservativi concedibili nel corso dell'istruttoria prefallimentare. E' sorprendente notare come questa possibilità, forse perché richiede l'istanza di parte e non ovvia comunque a determinati inconvenienti (ad esempio, al decorso del termine di cui all'art. 10 e del periodo sospetto ex art. 67), non risulta sfruttata. La sua incidenza, infatti, si riduce a un irrisorio 1%.

3. Organi della procedura.

a) Curatore.

Qui si registra una grande fatica a recepire le novità, in particolare per quanto concerne la nomina dei curatori. Non risulta dalla statistica se siano state affidate curatele ad associazioni di professionisti; ma è accertato che nessun tribunale ha mai fatto ricorso al disposto (per la verità, non molto felice) dell'art. 28, 1° comma, lett. c). Il curatore è, nella pressoché totalità dei casi, un professionista tratto dai tradizionali albi dei dottori commercialisti e degli avvocati. Risulta altresì che i curatori hanno quasi sempre svolto le loro mansioni personalmente, evitando le deleghe dell'art. 32 ed avvalendosi di professionisti "esterni" per i settori in cui essi non avevano specifiche conoscenze tecniche, con correlativi aggravi di costo per le procedure.

Nemmeno risulta utilizzato l'art. 37 *bis*, che, nell'intento di accentuare il peso dei creditori, consentiva alla maggioranza degli ammessi al passivo di chiedere la sostituzione del curatore con persona da loro designata.

b) Comitato dei creditori.

La valorizzazione del comitato dei creditori è stata la grande scommessa del riformatore, la novità che avrebbe dovuto spostare dal giudice delegato ai creditori,

RELAZIONI A CONVEGNI

INTRODUZIONE AL TEMA DEL CONVEGNO

appunto tramite il comitato, il fulcro delle scelte gestorie e liquidatorie all'interno della procedura fallimentare.

Il Giudice doveva essere ricondotto alle sue funzioni tipiche e naturali di organo giurisdizionale deputato a un'attività generale di vigilanza sul rispetto della legge e di risoluzione di conflitti. Il curatore e il comitato dei creditori, invece, dovevano diventare gli arbitri dell'amministrazione e della liquidazione del patrimonio del fallito: il primo attraverso un ampliamento della sua autonomia rispetto al giudice e dei suoi poteri d'iniziativa; il secondo con l'acquisizione di quelle ampie e penetranti attribuzioni autorizzative che nel sistema originario della legge erano prerogativa dell'autorità giudiziaria. Il riformatore aveva recisamente respinto l'idea di una massa dei creditori apatica e inetta, bisognosa di una sistematica tutela da parte del giudice delegato e del tribunale. In sostanza, i creditori avrebbero dovuto trasformarsi da meri fruitori del procedimento concorsuale in parti presentied attive del medesimo per mezzo di un loro organo rappresentativo destinato ad affiancare il curatore e munito di competenze assai rilevanti.

A distanza pochi anni dal varo della riforma, però, il legislatore potrebbe porsi a buon diritto la malinconica domanda resa celebre da una canzone del grande Charles Trenet: *que reste-t-il de tout cela? Dites-le moi.*

A giudicare dai dati dell'indagine, ma anche dall'esperienza sul campo di tutti noi, la risposta appare scontata. Nulla o quasi nulla: per restare a Trenet e sempre mettendosi nei panni dei riformatori, *un souvenir qui nous poursuit sans cesse.*

L'indagine statistica ci dice, intanto, una prima cosa molto importante, vale a dire che in un numero molto considerevole di fallimenti il comitato dei creditori non è neppure stato nominato (53% dei casi nelle procedure del primo semestre del 2008 e 42% nelle procedure del primo semestre del 2010), quando, invece, tale nomina, nella filosofia della riforma avrebbe dovuto essere obbligatoria, relegando l'assenza del comitato a ipotesi del tutto eccezionali. Ma la statistica ci fornisce un ulteriore dato di lettura, là dove specifica che non sempre all'avvenuta nomina è poi seguito l'effettivo insediamento dell'organo. Apprendiamo, infatti, che in oltre il 30% dei casi i creditori nominati hanno rifiutato l'incarico.

Dal che si arguisce facilmente che, nei fatti, l'eccezione è divenuta la regola e la regola l'eccezione.

L'indagine non spiega per quali ragioni la nomina del comitato sia stata così spesso omessa.

I redattori ipotizzano che una tara di fondo dell'istituto stia nell'assente o inadeguata remunerazione dei membri. Il che è certamente credibile. Ma non c'è solo questo fattore.

Guardando alla disciplina positiva, ci si accorge che la nomina è troppo complicata e tale da non garantire una preparazione tecnica adeguata alla delicatezza delle funzioni. L'esperienza insegna, inoltre, che in molti casi vi è non poca difficoltà

RELAZIONI A CONVEGNI

INTRODUZIONE AL TEMA DEL CONVEGNO

nel valutare le scelte e l'operato del curatore, con la conseguente propensione ad appiattirsi sulle decisioni di "chi sa". Di qui il rischio di ritrovarsi di fronte a quell'involuzione dell'organo che nel vigore della disciplina previgente aveva finito per relegarlo in una posizione irrilevante.

Vi sono spiragli per conseguire veramente i risultati che i legislatori si attendevano attraverso nuovi interventi? E se non ve ne sono, vale la pena di restare, come oggi, nella finzione o è meglio riconoscere che il comitato dei creditori non serve e ritornare, anche *de iure*, alla classica diarchia giudice delegato - curatore?

Non è scritto nei dieci comandamenti che il comitato dei creditori pensato dalla riforma realizzi davvero il migliore modello teorico di organizzazione dell'ufficio fallimentare; certo è però che, sul piano dei fatti, quel modello si è rivelato utopistico.

4. Liquidazione dell'attivo e realizzi.

Dall'indagine statistica emerge anche un'utilizzazione marginale dei nuovi strumenti di liquidazione del patrimonio fallimentare offerti dalla legge.

Essa evidenzia non solo la non nuova avversione all'esercizio provvisorio, ma anche il ruolo molto limitato rivestito dall'affitto d'azienda e dalle alienazioni in blocco dei complessi aziendali, con netta prevalenza della liquidazione atomistica dei beni.

Il fatto è che, come sottolinea opportunamente la relazione, il fallimento interviene, molto frequentemente, con sensibile ritardo rispetto all'insorgere della crisi e quando l'attività d'impresa è cessata, talvolta da lungo tempo. La resistenza degli imprenditori ad arrendersi all'evidenza della crisi è stata più volte segnalata come fattore d'insuccesso delle procedure alternative, ma non v'è dubbio che essa si ponga come fattore di pregiudizio anche in un'ottica meramente liquidatoria.

Tutto ciò incide, naturalmente, sul dato della modesta percentuale di soddisfazione dei creditori che, a sua volta, disincentiva questi ultimi ad assumere un ruolo propositivo.

Ma sulla modesta quota di soddisfazione hanno inciso e incidono anche altre ragioni.

Mi limito qui a ricordare l'agonia, se non la morte cerebrale, della revocatoria fallimentare, sacrificata al mito dei salvataggi, e lo scarso successo delle azioni di responsabilità, non soltanto per la normale incapienza dei convenuti, ma anche a causa di mutati e più rigorosi orientamenti giurisprudenziali.

Per altro verso, non si sono aperti nuovi scenari neppure sulla concessione abusiva di credito. Da un lato non può sfuggire la sua stretta correlazione con l'intento di valorizzare le procedure di composizione negoziale; dall'altro si deve rammentare l'orientamento della Cassazione, che, in linea di principio, esclude l'azione risarcitoria per concessione abusiva dal novero delle azioni di massa e, quindi, nega al curatore la legittimazione attiva al suo esercizio.

RELAZIONI A CONVEGNI

INTRODUZIONE AL TEMA DEL CONVEGNO

5. Durata dei procedimenti.

E' questo l'ultimo, ma assai importante, punto dolente.

Nel 2010 la durata media dei fallimenti è stata di nove anni; nel 2011 di otto anni e mezzo. Ciò significa che, salvi ipotetici riparti parziali, il creditore di un'impresa dichiarata fallita oggi dovrà attendere fino a metà del 2021, per sentirsi dire, con un alto grado di probabilità, che il suo credito chirografario (tra l'altro improduttivo d'interessi) non sarà soddisfatto o soddisfatto in percentuali irrilevanti.

Si tratta di dati medi, che scontano tempi stupefacentemente dilatati, soprattutto al sud (si stenta a credere ai ventun'anni rilevati presso il Tribunale di Caltanissetta; ma anche le durate delle regioni più virtuose, quali il Trentino, non sono confortanti, posto che sfiorano pur sempre i sei anni). Ma si tratta, anche ed evidentemente, di tempi non sostenibili in qualsiasi Paese moderno, che intenda porsi con qualche speranza di successo nella competizione economica globalizzata.

Peraltro l'inconveniente non è necessariamente legato alla legislazione concorsuale. Il nodo irrisolto è quello della crisi del processo civile e della disorganizzazione degli uffici giudiziari non solo nello specifico settore fallimentare, ma in linea generalizzata. Basti pensare a quanto pesi il contenzioso civile dei fallimenti come rilevante ragione dei ritardi nella loro chiusura.

Su questi profili appare difficile, allo stato, ogni meritevole sforzo di miglioramento della legge fallimentare, salvo ipotizzare percorsi privilegiati per le cause che vedano quali parti le procedure, a spese però del restante e ordinario contenzioso.

E allora, purtroppo, appare ragionevole ciò che mi rispose, tempo fa, un'anziana studentessa, alla quale avevo chiesto di spiegarmi che cosa fosse lo stato d'insolvenza. Lei mi guardò e mi disse con occhi spaventati: "Professore, quando c'è lo stato d'insolvenza non si salva più nessuno!".

Allora pensai di bocciarla, ma ora non ne sarei più tanto sicuro.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME DEL 2005-2010 SULL'ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORDI. INDAGINE STATISTICA DEL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DI ASSONIME

La relazione espone i risultati di una indagine condotta dall'Assonime in collaborazione con il Ministero della Giustizia volta a valutare l'impatto dei diversi interventi normativi succedutisi a partire dal 2005 e che hanno riformato il sistema delle procedure concorsuali.

di **MARGHERITA BIANCHINI** e **FABIO BARTOLOMEO** (*)

1. Introduzione

Dal 2005 al 2012 con cadenza quasi annuale il legislatore è intervenuto per modificare e integrare le norme sulla crisi d'impresa¹ rendendo la disciplina delle procedure concorsuali un 'cantiere sempre aperto', come da alcuni efficacemente sottolineato.

La prima e più importante tappa di questa evoluzione è rappresentata dalla riforma organica del 2006, realizzata in due atti normativi e conclusa con il decreto correttivo n. 169 del 2007. Questa riforma ha portato a una profonda modernizzazione della disciplina della crisi d'impresa. Gli obiettivi perseguiti erano molteplici e ambiziosi, la filosofia ispiratrice quella di superare la concezione della crisi in termini meramente liquidatori e sazionatori per affermare i principi della conservazione dei valori produttivi, nell'ottica di una migliore soddisfazione del ceto creditorio e del sistema economico nel suo complesso. Sono state introdotte più efficienti modalità di

(*) Fabio Bartolomeo, Direttore Generale di Statistica presso il Ministero della Giustizia, è Autore delle slides allegare al presente contributo.

¹ Nelle more della pubblicazione delle relazioni del Convegno di Alba la legge fallimentare è stata ulteriormente modificata dal decreto legge 21 giugno 2013, n. 69.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

liquidazione del patrimonio del debitore e sono state valorizzate le soluzioni concordate, con una significativa modifica del concordato preventivo e con l'introduzione di due nuovi istituti: l'accordo di ristrutturazione dei debiti e il piano attestato di risanamento.

A questa fondamentale riforma ha fatto seguito un nuovo intervento normativo nel 2010 volto essenzialmente a favorire ulteriormente il ricorso alle soluzioni concordate nel presupposto che esse rappresentino il vero punto di forza della riforma da sostenere e incentivare. La crisi rappresenta, infatti, elemento fisiologico della vita dell'impresa, nell'ambito del quale assumono rilevanza strategica al fine del suo superamento gli strumenti di prevenzione della situazione del dissesto. Il valore della continuità aziendale, posto alla base degli istituti riformati, diventa il paradigma del superamento dello stato di difficoltà e come tale viene incentivato anche in deroga ai principi della *par condicio creditorum* per evitare, ove possibile, l'ingresso dell'impresa nella fase patologica dell'insolvenza irreversibile, da gestire invece con un rapido fallimento. In tale ottica è stata introdotta pertanto una nuova disciplina della prededuzione dei crediti, volta a favorire l'accesso alla nuova finanza – elemento imprescindibile del buon esito di tutte le operazioni di risanamento – e l'esenzione dai reati di bancarotta per gli atti compiuti in esecuzione delle soluzioni concordate, con la quale si è voluto sopperire all'assenza di una riforma del penale fallimentare, da più tempo invocata, ma lontana dall'essere realizzata.

Tra il 2010 e il 2012, ritenendo ormai maturi i tempi per la sedimentazione delle norme, l'Assonime ha realizzato in collaborazione con il Ministero della Giustizia un'indagine per valutare l'impatto dei diversi interventi sul sistema delle procedure concorsuali. Prima di entrare nel merito dell'indagine è importante anticiparne la chiave di lettura: i risultati, infatti, non sono confortanti (soltanto per anticiparne alcuni, con riguardo al concordato preventivo è emerso un uso esclusivamente liquidatorio dell'istituto; la difficoltà del debitore di procurarsi nuova finanza; la bassa soddisfazione dei creditori. I dati hanno evidenziato, inoltre, per il fallimento, il ritardo nell'accesso alla procedura e una eccessiva durata della stessa; la difficoltà della nomina del comitato dei creditori. Per gli accordi di ristrutturazione più semplicemente un utilizzo non corrispondente alle aspettative). Dagli stessi, tuttavia, possono ricavarsi indirettamente valutazioni positive sulle riforme sin qui intervenute: essi, infatti, mostrano con chiara evidenza che la grave situazione emersa non è imputabile al fallimento delle riforme, bensì proprio alla loro mancata applicazione pratica. Le opportunità da queste offerte non sono state colte e le loro potenzialità non sono state ancora sfruttate. Le idee e le intenzioni in esse contenute hanno posto la legge fallimentare italiana all'avanguardia rispetto a quelle di altri Paesi europei, ma la scarsa evoluzione culturale degli operatori e la presenza di alcuni ostacoli normativi ne hanno impedito l'effettiva realizzazione.

Questa riflessione è stata fatta propria dal legislatore che con il decreto legge 83/2012 è nuovamente intervenuto abbastanza incisivamente sulla legge fallimentare

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

con una serie di nuove norme che completano il cammino intrapreso nel 2005, dando risposta alle principali problematiche evidenziate dall'indagine stessa.

Alla luce di questo “ultimo atto” non si deve cadere nella tentazione di individuare nella frammentazione degli interventi normativi un elemento di debolezza delle riforme che si sono succedute nel tempo; né in quella di considerare le ultime come correttive delle prime. Ogni intervento in quello che abbiamo definito all'inizio il “cantiere sempre aperto” della legge fallimentare, rappresenta infatti la naturale evoluzione del precedente e riflette l'aspirazione di rendere il nostro sistema concorsuale ulteriormente perfettibile. Va, inoltre, considerato che non esiste materia che, più di quella fallimentare, presenti una stretta contiguità con l'economia reale e con le esigenze e i bisogni del mercato e che richieda, pertanto, continui adattamenti agli stessi. Non è un caso, infatti, che questa ulteriore modifica sia contenuta in un decreto recante misure urgenti per la crescita del paese. Se apparentemente collegare la crisi alla crescita possa apparire una contraddizione in termini, in realtà l'aumento della produttività di un sistema economico è strettamente connesso al processo di uscita dal mercato delle imprese e a quello di riallocazione e riorganizzazione delle risorse ancora in grado di produrre valore.

Ci si può chiedere a questo punto se il cd. “decreto Crescita” rappresenti davvero l'“ultimo atto” della riforma. Per saperlo occorrerà forse svolgere tra qualche anno una nuova indagine Assonime-Ministero della Giustizia. Nel frattempo, analizziamo le linee essenziali della prima e alcuni dei suoi rapporti con le norme recentemente introdotte.

2. L'indagine Assonime – Ministero della Giustizia

L'indagine è stata realizzata con l'invio di tre questionari sui singoli aspetti della legge fallimentare, rivolti ai giudici delegati, curatori e commissari giudiziali di un campione significativo di Tribunali italiani. A questi va rivolto un ringraziamento particolare per il tempo e per la precisione dedicata alla compilazione delle risposte, dalle quali si è potuta trarre la fotografia del sistema concorsuale italiano.

Ai curatori fallimentari è stato chiesto, in particolare, di compilare un questionario per ogni singola procedura in cui sono stati nominati, aperta nel primo semestre 2008 e nel primo semestre 2010; ai commissari giudiziali un questionario per ogni procedura aperta nel primo semestre 2008 e nell'ultimo trimestre 2010-primo trimestre 2011. Si è scelto di mettere a confronto le procedure aperte in periodi diversi per verificare se vi fossero stati eventuali miglioramenti nel funzionamento della disciplina concorsuale a distanza di un tempo reputato ragionevole, che però alla luce dei dati riportati non si sono verificati. Ai giudici delegati, infine è stato chiesto di compilare un unico questionario per esprimere delle valutazioni in percentuale su tutte le procedure aperte dopo la riforma e chiuse tra l'anno 2010 e il primo trimestre 2011.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE

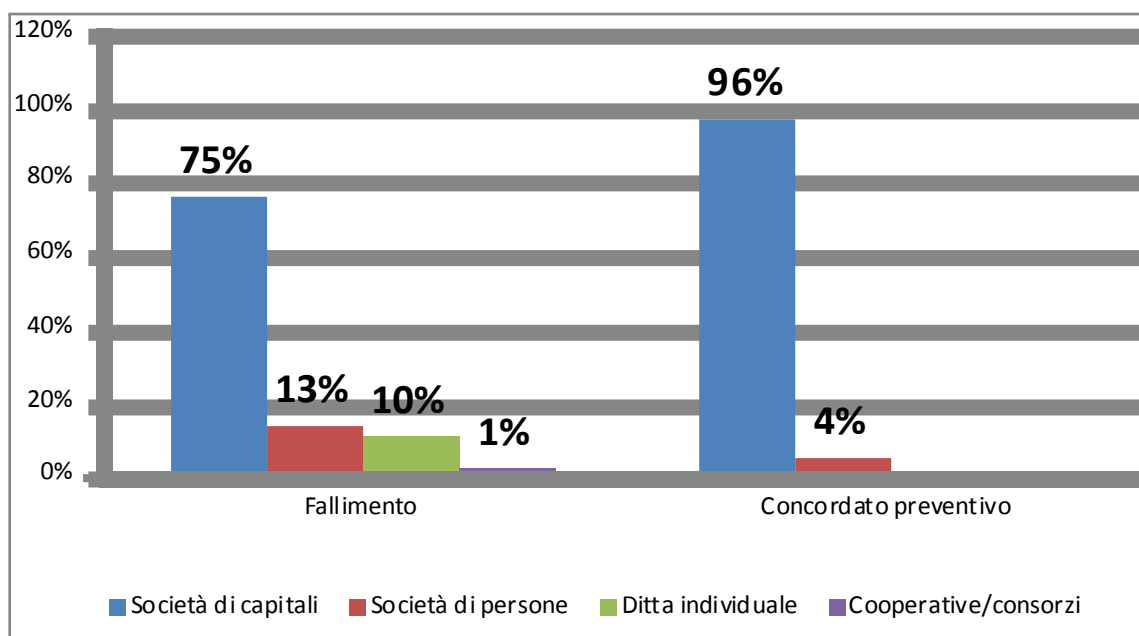
Tipologia di questionario	Periodo di riferimento	Lunghezza del questionario
Curatori fallimentari	Primo semestre 2008 e primo semestre 2010	86 domande
Commissari Giudiziali	Primo semestre 2008, ultimo trimestre 2010 e primo trimestre 2011	44 domande
Giudici delegati	Anno 2010 e primo trimestre 2011	61 domande

Le domande hanno riguardato sia il fallimento che il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione, non i piani attestati per l'assenza – sino all'introduzione delle modifiche del decreto crescita – di una pubblicità degli stessi.

3. Le imprese assoggettate alla procedura

Le prime domande dei questionari sono state elaborate per raccogliere dati sulla natura, caratteristiche e dimensioni delle imprese che accedono al fallimento e al concordato preventivo con lo scopo di fotografare la realtà economica finanziaria e aziendale delle imprese soggette a tali procedure.

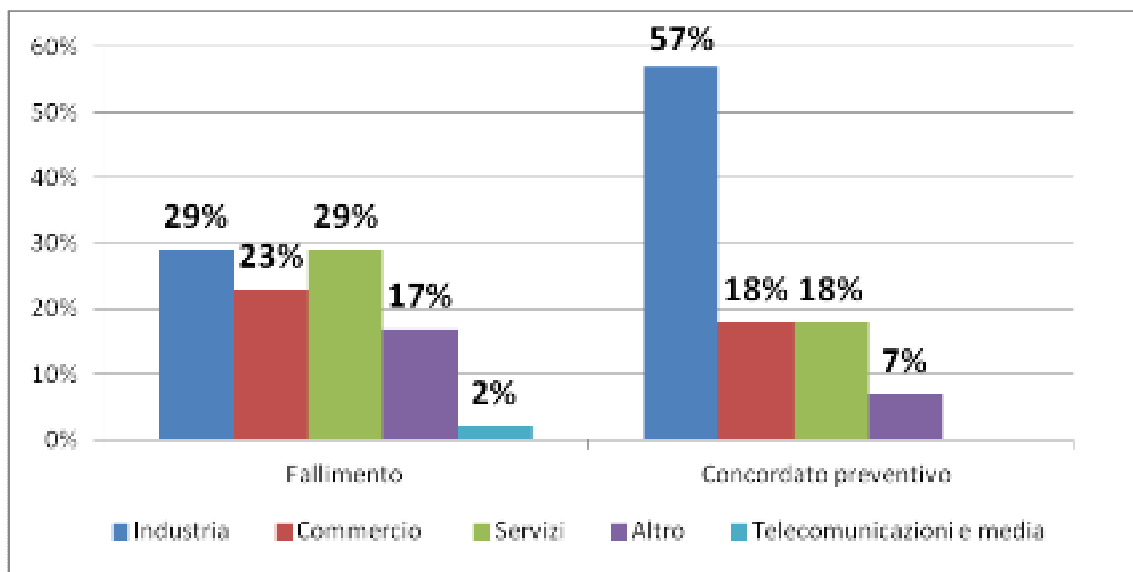
Ne è emerso che fallimenti e concordati preventivi interessano prevalentemente le società e solo in minima parte riguardano altre forme di gestione dell'impresa:



RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE

Non sembra che la propensione a fallire subisca variazioni significative in base al settore in cui l'impresa opera. Diversamente la maggioranza delle imprese che accedono al concordato preventivo opera nel settore dell'industria.



Nel fallimento la media del fatturato degli ultimi tre esercizi antecedenti al fallimento è modesta:

MEDIA	€ 3.040.69€
MINIMO	€ 20€
MASSIMO	€ 97.181.224

Sensibilmente più elevata è la media del fatturato degli ultimi tre esercizi delle imprese sottoposte a concordato preventivo:

MEDIA	€ 12.298.703.33
MINIMO	€ 0.0€
MASSIMO	€ 89.621.500.0€

Quanto al numero di dipendenti, soltanto nel 5% dei casi supera le 50 unità. Nel 73% dei casi le società sottoposte a fallimento hanno meno di 10 dipendenti.

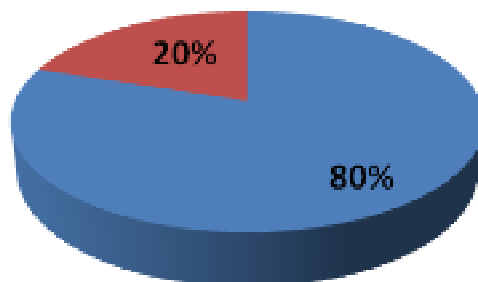
Un altro dato significativo, comune sia al fallimento sia al concordato, riguarda lo stato dell'attività delle imprese al momento dell'apertura delle procedure, che

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

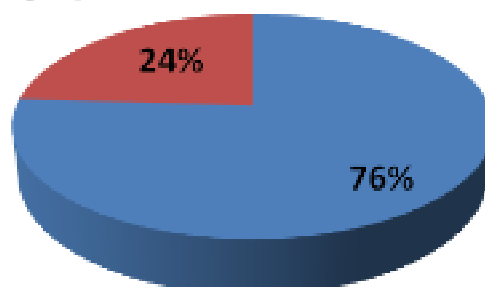
evidenza come nell'80% dei casi (nel 76% del concordato) l'attività sia cessata già prima dell'apertura della procedura.

Fallimenti



■ Attività cessata all'apertura della procedura ■ Attività non cessata all'apertura della procedura

Concordati preventivi



■ Attività cessata all'apertura della procedura ■ Attività non cessata all'apertura della procedura

Solo nel 14% dei casi si sono avuti tentativi di composizione negoziale (divise al 50% tra giudiziali e stragiudiziali) e soltanto nel 20% dei casi prima del fallimento è stato sostituito l'amministratore. Anche nel concordato preventivo l'attività era per lo più già cessata al momento di apertura della procedura e nel 49% dei casi la cessazione era avvenuta da oltre 6 mesi. Il dato più significativo, tuttavia, è che in nessun caso del campione esaminato presso i commissari giudiziali è stata prevista la prosecuzione dell'attività aziendale. Qualche caso si rinviene invece nell'analisi dei giudici delegati, che si riferiscono a un lasso di tempo maggiore (dalla riforma al primo trimestre 2011).

RELAZIONI A CONVEGNI

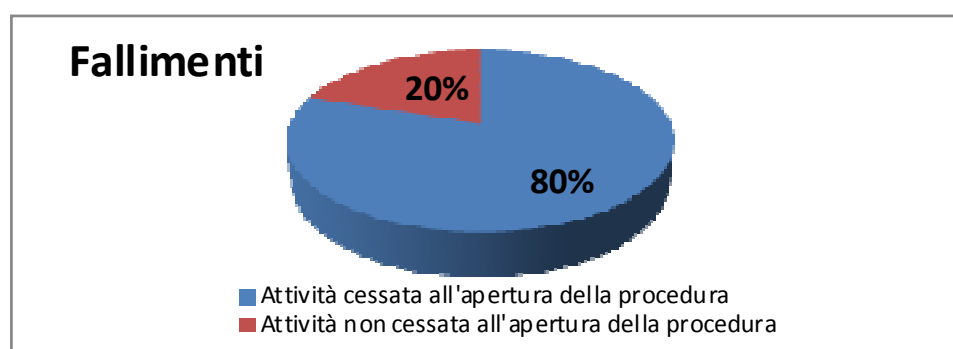
GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

4. Il fallimento

Le domande sulla procedura fallimentare, volte a verificare il rispetto dei termini e l'utilizzo proficuo dei nuovi istituti (rivolte ai giudici delegati e ai curatori fallimentari), hanno riguardato: 1) l'istruttoria prefallimentare, la sentenza dichiarativa di fallimento e la competenza; 2) gli organi della procedura; 3) l'accertamento del passivo; 4) l'affitto d'azienda e l'esercizio provvisorio dell'impresa; 5) la liquidazione dell'attivo; 6) l'attivo realizzato, le distribuzioni ai creditori e la chiusura della procedura.

1) L'istruttoria prefallimentare e la sentenza dichiarativa di fallimento

Il primo dato che emerge dall'indagine è il ritardo nell'apertura della procedura rispetto alla cessazione dell'attività.

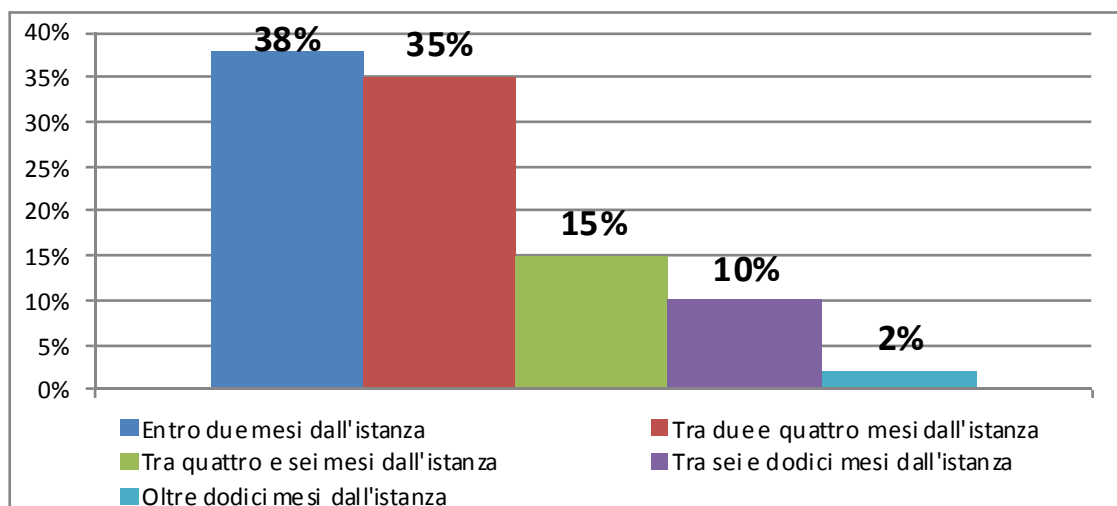


Questo ritardo dipende prevalentemente dall'imprenditore e/o dai creditori e solo in misura minore dalla lentezza dei tribunali nel provvedere sull'istanza. I dati mostrano, infatti, che nella maggior parte dei casi, sia nei fallimenti aperti nel 2008 sia in quelli aperti nel 2010, la dichiarazione è avvenuta entro quattro mesi dalla presentazione della prima istanza.

In particolare la dichiarazione di fallimento è stata pronunciata entro i termini di seguito rappresentati:

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI



Su questo aspetto gli incentivi a fare presto ci sono e soltanto le parti interessate possono provvedere ad una rapida soluzione, con l'uscita dal mercato attraverso una liquidazione efficiente. E' un fatto culturale, occorre un tempo lungo.

Provvedimenti cautelari/conservativi. Con lo scopo di proteggere il patrimonio dell'impresa durante la fase dell'istruttoria prefallimentare la riforma ha introdotto la possibilità per il tribunale di emettere, su istanza di parte, provvedimenti cautelari o conservativi destinati ad essere confermati o revocati con la sentenza dichiarativa di fallimento, oppure ad essere revocati con il decreto che rigetta l'istanza. Analogamente a quando rilevato con l'indagine del 2007 è emerso che tali provvedimenti sono stati scarsamente utilizzati. Nelle procedure aperte nel primo semestre 2008 e nel primo 2010 sono stati adottati nell'1% dei casi. Questo dato è confermato dalle risposte al questionario inviato ai giudici delegati, dalle quali è emerso che i provvedimenti cautelari o conservativi sono stati adottati in un numero molto limitato di casi e quando ciò è avvenuto hanno assunto prevalentemente la forma del sequestro preventivo, divieto di effettuare atti traslativi di beni immobili e affidamento della gestione al custode.

Esiguità dei debiti. La previsione in base alla quale se all'esito dell'istruttoria emerge che l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati è inferiore a 30.000 euro non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento risponde a scopi deflattivi. Dall'indagine del 2007 era emerso come tale circostanza si fosse verificata nel 30% delle procedure. Anche i dati rilevati dal nuovo questionario rivolto ai giudici delegati hanno evidenziato che la mancata dichiarazione di fallimento per esiguità dei debiti sia avvenuta in un numero non elevato, ma apprezzabile di casi.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE

2) Gli organi della procedura

Tra le grandi novità della riforma della legge fallimentare vi è una riallocazione delle funzioni in capo agli organi della procedura, caratterizzata da un'accentuazione del ruolo e dei poteri del curatore e del comitato dei creditori.

Il curatore è l'organo motore dell'intera procedura, ad esso sono attribuite funzioni di carattere gestorio. Per tali ragioni si ammette che il suo ruolo possa essere assunto oltre che da professionisti (avvocati, commercialisti e ragionieri) anche da "coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni dando prova di adeguate capacità imprenditoriali" (art. 28 l.f.).

Dal questionario (rivolto ai giudici delegati) emerge (analogamente a quanto già rilevato nel 2007) che le funzioni di curatore sono state esercitate nelle procedure, aperte dopo l'entrata in vigore della riforma e chiuse nell'anno 2010-primo trimestre 2011, sempre da avvocati e dottori commercialisti, con larga prevalenza di questi ultimi.

I curatori incaricati nella maggior parte dei casi aperti sia nel primo semestre 2008 (86%), sia nel primo semestre 2010 (86%), non hanno delegato ad altri le proprie funzioni, segno evidente che il professionista, probabilmente data la semplicità del procedimento riesce ad assolvere autonomamente alle sue funzioni. Quando la delega è stata esercitata questa ha riguardato prevalentemente le questioni giuridiche e giuslavoristiche, a dimostrazione che la maggior parte dei curatori sono sprovvisti di competenze in queste materie, ovvero che, dovendosi comunque agire tramite un avvocato diverso dal curatore, è prassi comune investire sin dal principio il legale del fallimento delle varie questioni che possono sfociare in giudizi. La delega nella materia del lavoro corrisponde poi al fatto che in questo settore, salvo casi eccezionali, occorre una professionalità specifica, anche per l'esame delle domande di insinuazione. Tra il 2008 e il 2010 son aumentati i casi in cui la delega è avvenuta con oneri a carico della procedura.

Tra le funzioni del curatore vi è quella di redigere una relazione particolareggiata sulle circostanze e sulle cause del fallimento, sulla diligenza spiegata dal fallito nell'esercizio dell'impresa, sulla responsabilità dello stesso o di altri e su quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale.

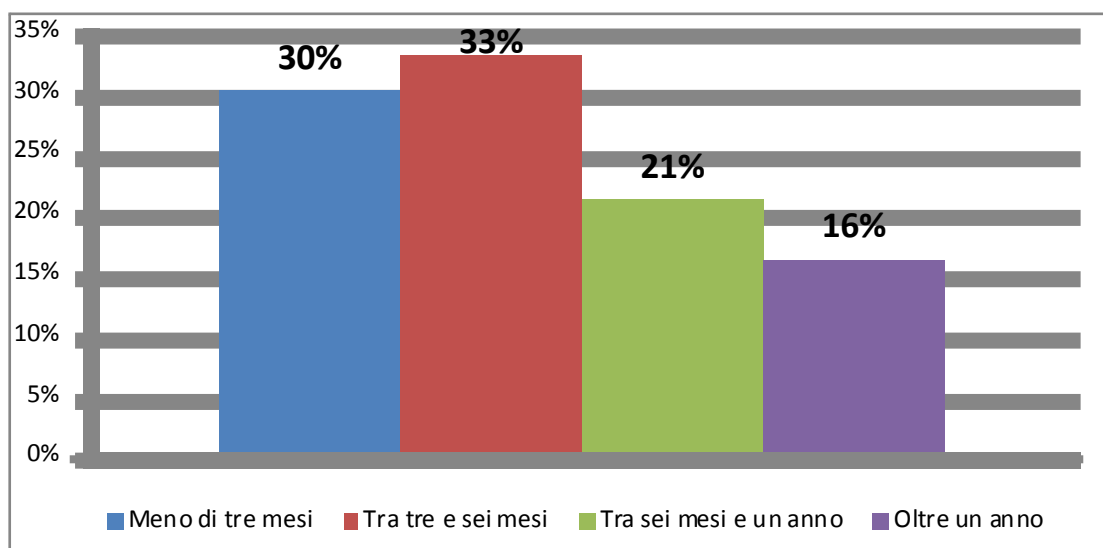
Si segnala peraltro come responsabilità penali del debitore si siano registrate nel 68% dei casi. In proposito si può osservare che, trattandosi nella media di imprese molto piccole, l'imprenditore tende a scambiare il proprio patrimonio con quello dell'impresa. Inoltre, il ritardo rilevato nel chiedere il fallimento comporta facilmente responsabilità per bancarotta semplice, in ragione dell'aggravamento del dissesto che ne deriva.

La relazione del curatore deve essere depositata entro 60 giorni dalla dichiarazione di fallimento, ma tale termine non è stato frequentemente rispettato. Nelle procedure aperte nel primo semestre 2008, infatti, il termine è stato oltrepassato nel 60% dei casi e il dato è lievemente peggiorato nelle procedure aperte nel primo semestre 2010 (62%).

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE

Quando il termine non è stato rispettato questo è stato oltrepassato per i periodi sotto indicati:



I ritardi non sono di poco peso e dimostrano che il curatore non è sovente in grado, anche per via della modesta organizzazione di cui dispone, di svolgere in tempi rapidi le proprie funzioni, con la conseguenza che ritarda la redazione della relazione. Talvolta, peraltro, viene depositata una relazione integrativa (nel 21% dei casi). Questo dato indica che, nella valutazione dei termini del deposito, occorre tenere conto di questo 'doppio' deposito, della prima relazione sommaria e della relazione integrativa. E' possibile desumere che il termine di 60 gg. previsto dalla legge non sia quasi mai sufficiente a svolgere il compito assegnato e per completare gli accertamenti del curatore. Tra le principali cause del ritardo i curatori hanno evidenziato, infatti, la complessità della procedura esaminata e soprattutto la difficoltà nel reperire le informazioni necessarie per una corretta ricostruzione dell'attività svolta, quando non sono state consegnate al curatore le scritture contabili dell'impresa o quando queste sono state irregolarmente tenute.

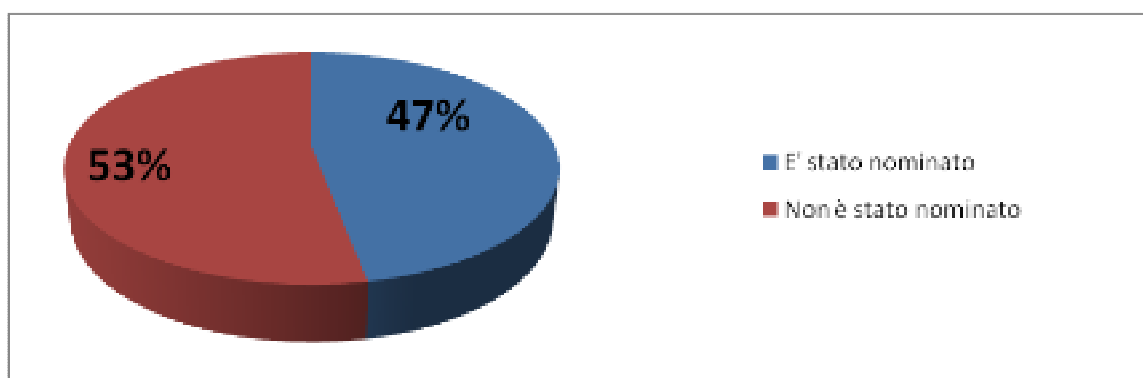
Per sanzionare l'imperizia del curatore e garantire il corretto funzionamento dell'organo, la legge fallimentare mette a disposizione degli interessati il rimedio del reclamo contro i suoi atti (art. 36 l.f.) e quello della sua sostituzione su istanza dei creditori. Dall'indagine è emerso che il reclamo non è stato quasi mai utilizzato. Nelle 273 procedure aperte nel primo semestre 2008, infatti, solo in un caso è stato presentato reclamo e un solo reclamo è stato presentato anche nelle 453 procedure aperte nel primo semestre 2010. Anche la sostituzione è stata richiesta in pochissimi casi. Ciò indica che l'operato del curatore è stato prevalentemente accettato.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE

Comitato dei creditori. Con la riforma è stato attribuito al comitato dei creditori un ruolo attivo nella gestione della procedura fallimentare attraverso il riconoscimento di nuovi compiti e poteri volti da un lato a superare l'inerzia che da sempre ha caratterizzato il funzionamento dell'organo, e dall'altro, a restituire al giudice delegato il ruolo di giudice terzo e imparziale lontano dalle scelte gestionali.

Nelle procedure aperte nel primo semestre 2008 il comitato dei creditori non è stato, tuttavia, nominato nella maggioranza dei casi ed è stata alta la percentuale dei rifiuti a farne parte. Un lieve miglioramento, sebbene non sufficiente per ritenere realizzati gli obiettivi della riforma, si registra nelle procedure aperte nel primo semestre 2010 dove il comitato è stato nominato nella maggioranza dei casi.

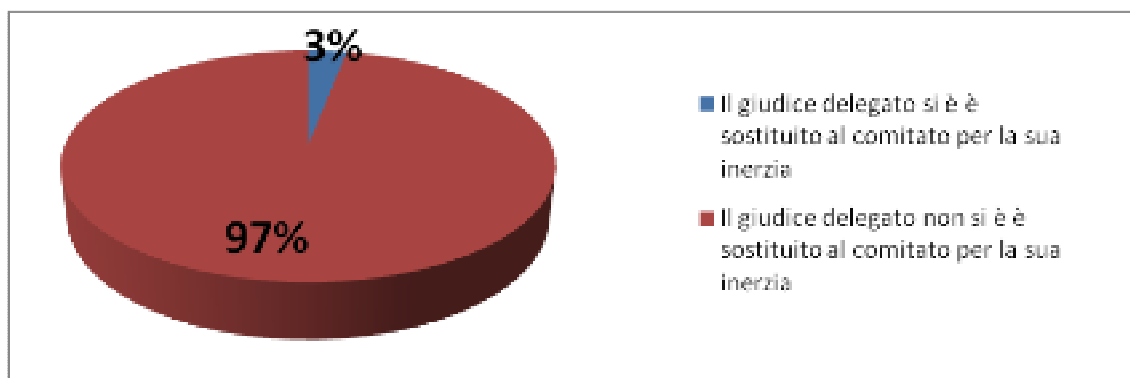


Quando nominato, invece, il comitato ha funzionato in modo efficiente. Infatti, ove nominato, solo nel 3% dei casi il giudice delegato si è sostituito al comitato per la sua inerzia e non sono stati mai presentati reclami contro le sue autorizzazioni o i suoi dinieghi.

Con riguardo alla composizione del comitato dei creditori emerge, infine, come esso sia prevalentemente formato dalla classe dei fornitori, seguiti in misura decrescente da professionisti, dipendenti e banche. La percentuale della componente bancaria (13% come media del primo semestre 2008 e del primo 2010) mostra come il rifiuto delle banche di farne parte non è così generalizzato come si riteneva. Segno della buona intuizione della riforma, che va certamente sostenuta e eventualmente potenziata.

RELAZIONI A CONVEGNI

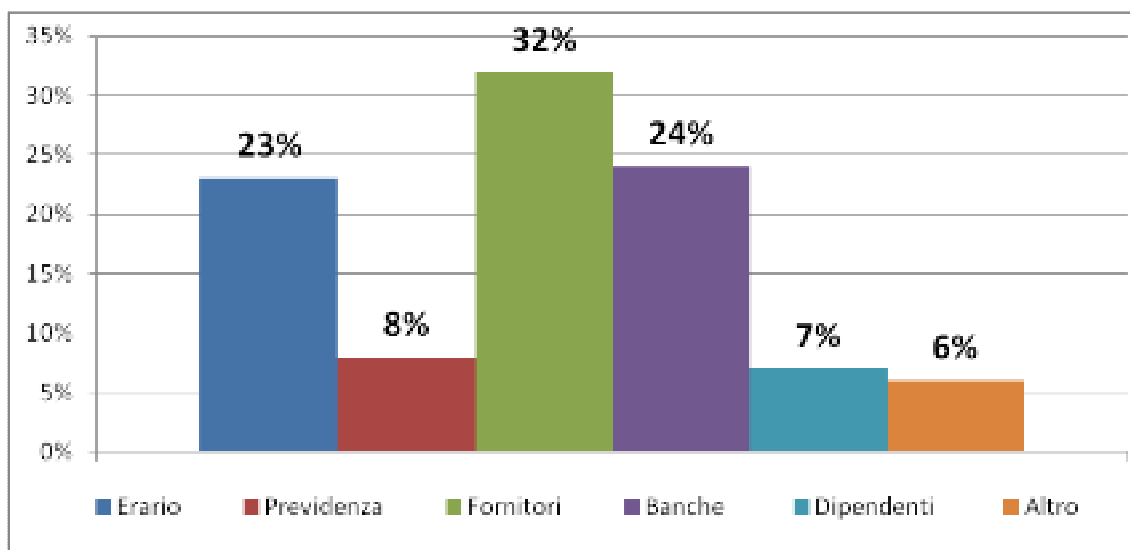
GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE



3) L'accertamento del passivo.

Dall'indagine è emerso che l'adunanza dei creditori per l'esame dello stato passivo si è svolta prevalentemente nel rispetto dei termini previsti dalla legge. Quando il termine è stato oltrepassato, il ritardo non ha mai avuto durata superiore a tre mesi. Le domande tardive sono state presentate nella quasi totalità dei casi. Anche le domande ultratardive sono state presentate in un numero rilevante di casi, tuttavia, si è registrata una notevole diminuzione tra il 2008 e il 2010. L'alta percentuale di presentazione di domande di insinuazione al passivo tardive e ultratardive è un elemento da guardare con sfavore in quanto incide profondamente sulla dilatazione dei tempi della procedura.

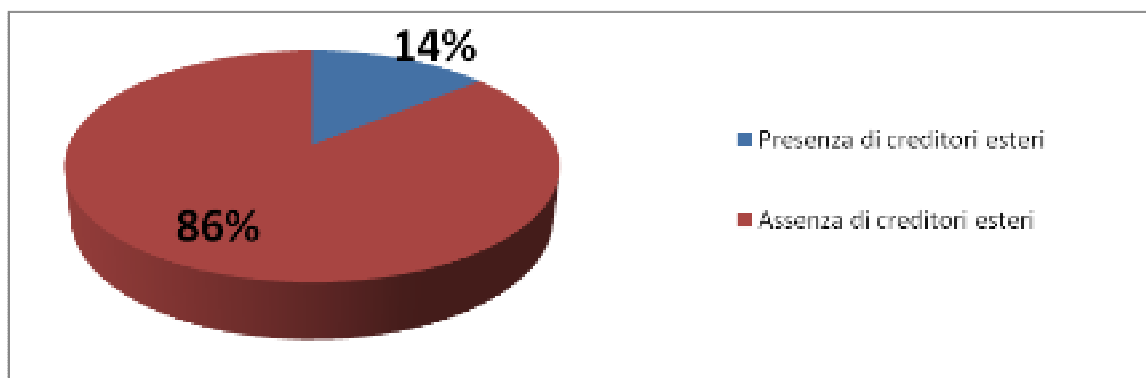
Il volume del passivo, come già sopra evidenziato, è modesto (3-4 milioni di euro in media) e la sua composizione risulta così generalmente articolata.



RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE

Sembrerebbe, infine, che le imprese sottoposte a fallimento operino poco oltre i confini nazionali. E' scarsa, infatti, la presenza di creditori stranieri nella composizione del passivo. La bassa percentuale potrebbe, tuttavia, essere anche indice del fatto che l'imprenditore cerchi di pagare regolarmente i creditori esteri, perché altrimenti sarebbe più difficile riuscire ad ottenere la fornitura.

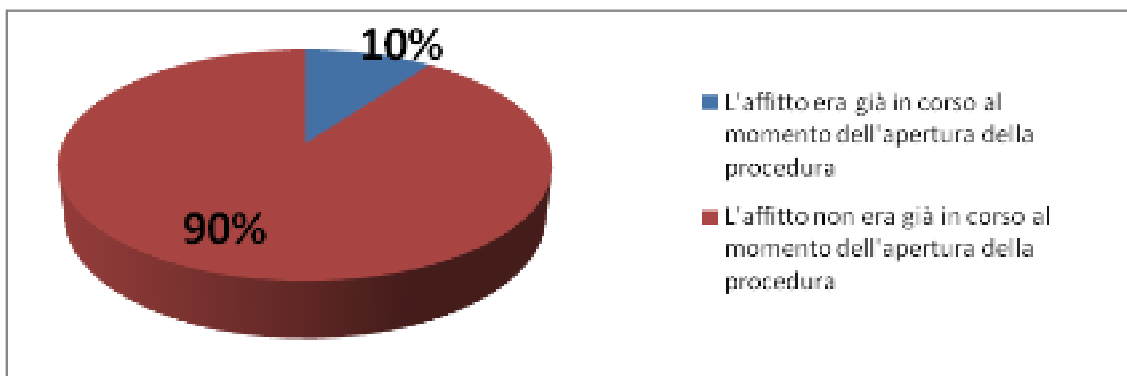


4) L'affitto d'azienda e l'esercizio provvisorio dell'impresa.

Con questi istituti la legge fallimentare consente la prosecuzione dei rapporti pendenti e la valorizzazione del patrimonio aziendale nel suo complesso affinché l'impresa possa essere restituita in breve termine al mercato, ove possibile, oppure liquidata evitando vendite atomistiche. Essi, tuttavia vengono scarsamente utilizzati. La rilevazione ha evidenziato che l'esercizio provvisorio è stato disposto una sola volta con la sentenza dichiarativa di fallimento, sulle 276 procedure aperte nel primo semestre 2008, e otto volte, sulle 495 procedure aperte nel primo semestre 2010. Questi 8 casi di esercizio provvisorio sono stati disposti 6 volte dal giudice delegato su proposta del curatore e 2 con la sentenza dichiarativa di fallimento. L'affitto d'azienda o di un suo ramo, invece, è stato disposto dal curatore successivamente all'apertura della procedura in 4 casi nel 2008 e in 4 casi nel 2010. Si è rilevata, tuttavia, una percentuale – sia pur modestissima – in cui l'affitto era già in corso all'apertura della procedura:

RELAZIONI A CONVEGNI

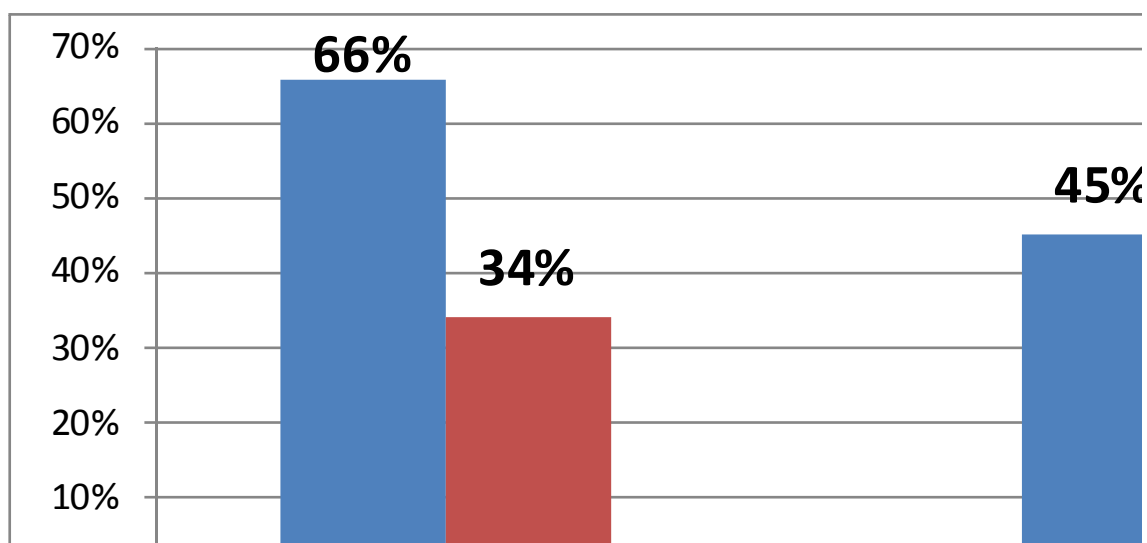
GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI



Lo scarso numero di procedimenti in cui l'esercizio provvisorio dell'impresa e l'affitto d'azienda o di un suo ramo sono stati disposti trova la sua giustificazione nel fatto che nella maggior parte dei casi al momento del fallimento l'attività d'impresa era già cessata da tempo e, dunque, non vi potevano essere grandi possibilità di proseguire l'attività.

5) La liquidazione dell'attivo

La liquidazione dell'attivo rappresenta la fase più importante della procedura fallimentare. Sebbene questa sia stata completamente ridisegnata dalla riforma con lo scopo di razionalizzare tempi e modalità del suo svolgimento, dall'indagine è emerso come questo obiettivo non sia stato completamente realizzato. La procedura appare, infatti, ancora molto lenta e in molti casi esaminati essa non ha ancora avuto luogo (per le procedure aperte nel 2008 il ritardo appare significativo):

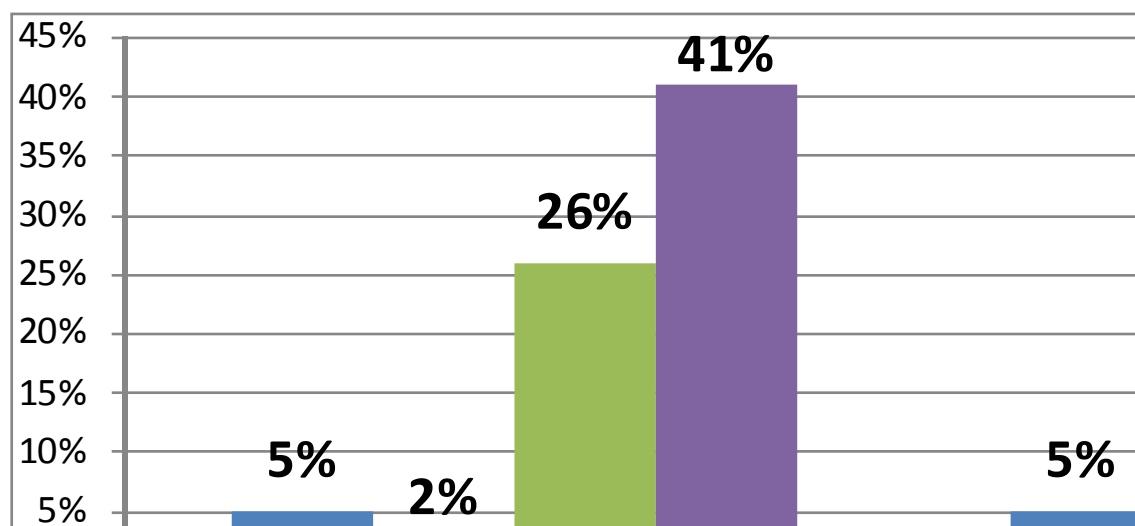


RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE

Quando la liquidazione è stata eseguita, per contro, il programma di liquidazione è stato redatto dal curatore nel termine previsto dalla legge nella maggior parte dei casi (oltre il 70% in entrambi i periodi di riferimento). Quando tale termine è stato superato l'entità del ritardo non è stata di poco rilievo ed è lievemente aumentata nelle procedure aperte nel primo semestre 2010,

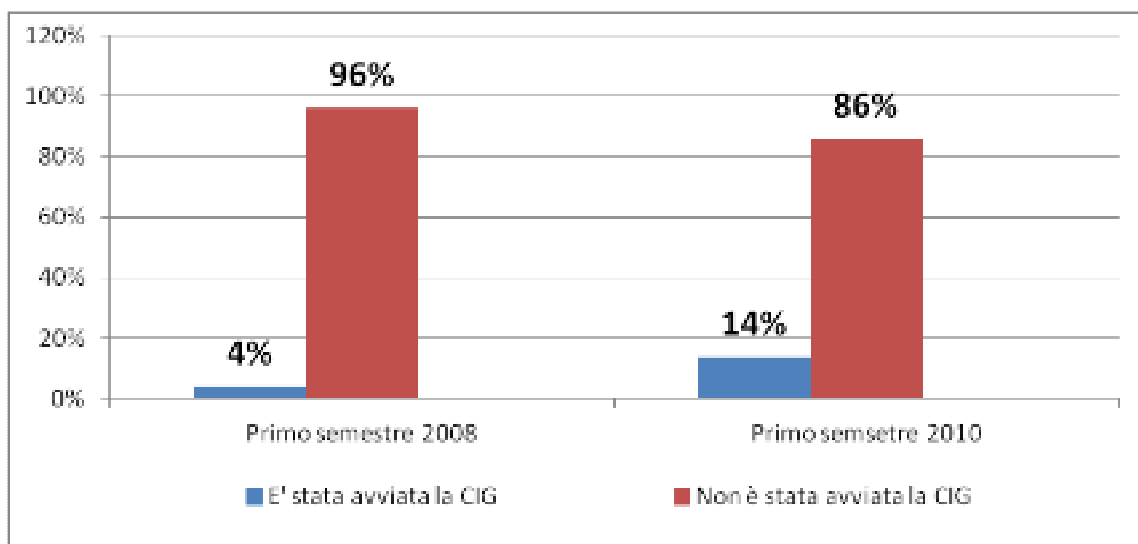
Le nuove modalità per la liquidazione dell'attivo sono state rarissimamente utilizzate. Se si guarda alla tipologia delle vendite dall'indagine emerge che i casi in cui si è proceduto alla vendita dell'intero complesso aziendale o di un ramo di azienda, come vorrebbe la riforma, sono stati limitati, mentre prevalenti continuano ad essere le liquidazioni atomistiche dei beni:



Nei pochi casi in cui è stata venduto l'intero complesso aziendale, raramente vi è stato il trasferimento totale o parziale dei dipendenti in capo all'acquirente (10% dei casi è la media registrata nelle procedure aperte nel primo semestre 2008 e nel primo semestre 2010), mentre è lievemente aumentato tra il 2008 e il 2010 il ricorso alla Cassa integrazione guadagni.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI



Nella maggioranza dei casi in cui la Cassa Integrazione Guadagni è stata avviata la sua durata è stata in media di dodici mesi.

Altri due istituti per la liquidazione dell'attivo di portata fortemente innovativa non sono stati quasi mai utilizzati: il conferimento in una o più società dell'azienda o di rami della stessa e l'accollo totale o parziale del debito come strumento per il pagamento del corrispettivo della vendita. Il conferimento d'azienda, infatti, non è quasi mai avvenuto (solo nel 3% dei casi). Nei pochi casi in cui questo si è verificato le azioni della società conferitaria sono state sempre cedute dal curatore a terzi, non c'è mai stata invece cessione delle azioni ai creditori concorsuali come modalità di pagamento del loro credito. Anche il pagamento mediante accollo non è quasi mai avvenuto (5% dei casi).

Per evitare ritardi nella chiusura della procedura connessi alla definizione dei contenziosi fiscali e ordinari la riforma ha espressamente riconosciuto al curatore la possibilità (già ammessa nella pratica) di cedere i crediti di qualsiasi natura anche futuri e oggetto di contestazione. Dall'indagine emerge tuttavia come la cessione dei crediti sia uno strumento utilizzato molto poco. Se si guarda alla tipologia nel 2010 sono stati ceduti soprattutto i crediti fiscali (71%) con un netto salto in avanti rispetto al 2008 (33%). Il dato però corrisponde a così pochi fallimenti (6 nel 2008 e 7 nel 2010) da essere scarsamente significativo. Per il resto le cessioni sono di crediti verso privati.

Un ulteriore strumento finalizzato a contenere i tempi della procedura è quello della cessione delle azioni revocatorie. Tuttavia sul totale delle procedure aperte nel primo semestre 2008 e nel primo semestre 2010 tale cessione è stata effettuata una sola volta. Il dato si giustifica anche in relazione alle modifiche introdotte dalla riforma a questo istituto, che hanno riguardato la riduzione del cd. "periodo sospetto" nel quale

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE

deve essere stato compiuto l'atto revocabile, determinando di fatto un crollo di tali azioni. E' invece significativo che nel programma di liquidazione nella maggioranza dei casi sono state previste azioni risarcitorie e/o recuperatorie:

Quasi la metà di tali azioni riguardano le azioni di responsabilità nei confronti degli organi sociali. Ancora, emerge dall'indagine che i curatori preferiscono per il recupero dei crediti avvalersi della via extragiudiziale e questo dato è in aumento nelle procedure aperte nel 2010. Le percentuali di recupero dei crediti sono modeste. Nei fallimenti 2008 ben nel 38% dei casi non è ancora possibile stabilire l'ammontare del ricavo, segno che le azioni o non sono state ancora esercitate o sono tuttora in corso. Per il restante 62% i ricavi prevalenti sono stati nell'ordine del 30% o inferiore.

In relazione alle modalità delle vendite e degli altri atti di liquidazione dell'attivo la riforma del 2006 aveva eliminato il rinvio alle norme del codice di procedura civile attribuendo al curatore un'ampia autonomia nelle scelte operative. Formalità rigide che hanno dimostrato di essere scarsamente efficaci avrebbero così lasciato il posto a forme più libere rispondenti ad esigenze di celerità ed efficienza. Con il decreto correttivo del 2007 il legislatore ha fatto, però, un passo indietro reintroducendo la previsione in base alla quale nel programma di liquidazione il curatore può prevedere che le vendite siano effettuate dal giudice delegato secondo le disposizioni del codice di procedura civile. Dall'indagine è emerso che questa facoltà è stata poco utilizzata dal curatore, tuttavia il trend è in aumento e questo non è un dato positivo per l'efficienza della procedura:

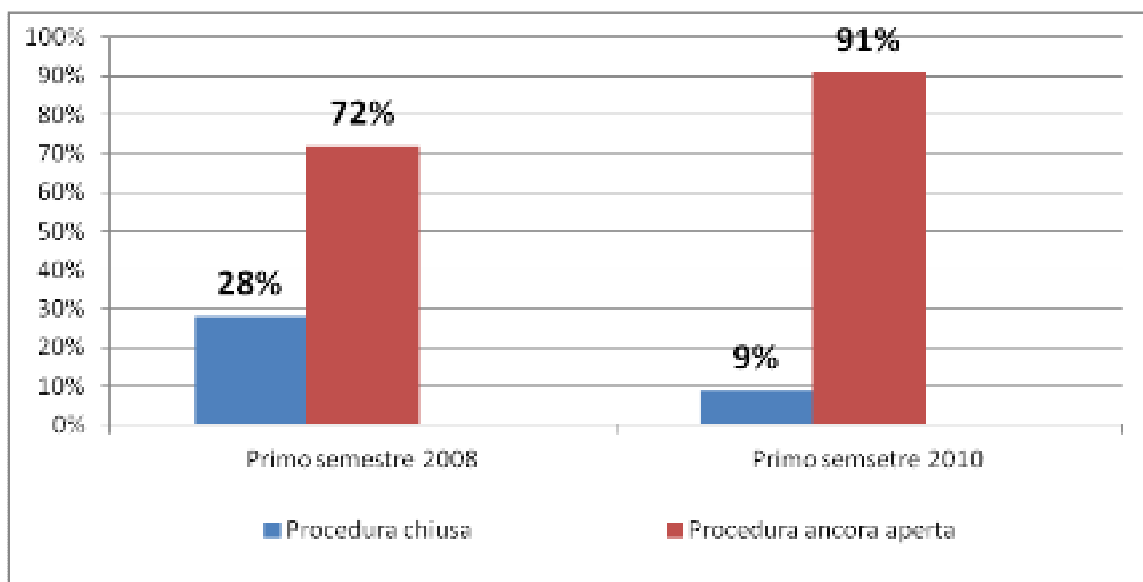
6) L'attivo realizzato, le distribuzioni ai creditori, la chiusura della procedura

L'ammontare dell'attivo è spesso modesto. Per i fallimenti 2008 è pari, in media, a 341.000 euro e, per i fallimenti 2010, a 276.000. L'attivo che i curatori stimano ancora di realizzare ammonta in media a 151.000 per le procedure del 2008 e a 524.000 euro per quelle del 2010. Se ne ricava dunque che per i fallimenti aperti nel 2008 l'attivo realizzato e realizzabile ammonta a circa 500.000 euro, vale a dire a poco meno dell'11% del passivo medio (4.627.000).

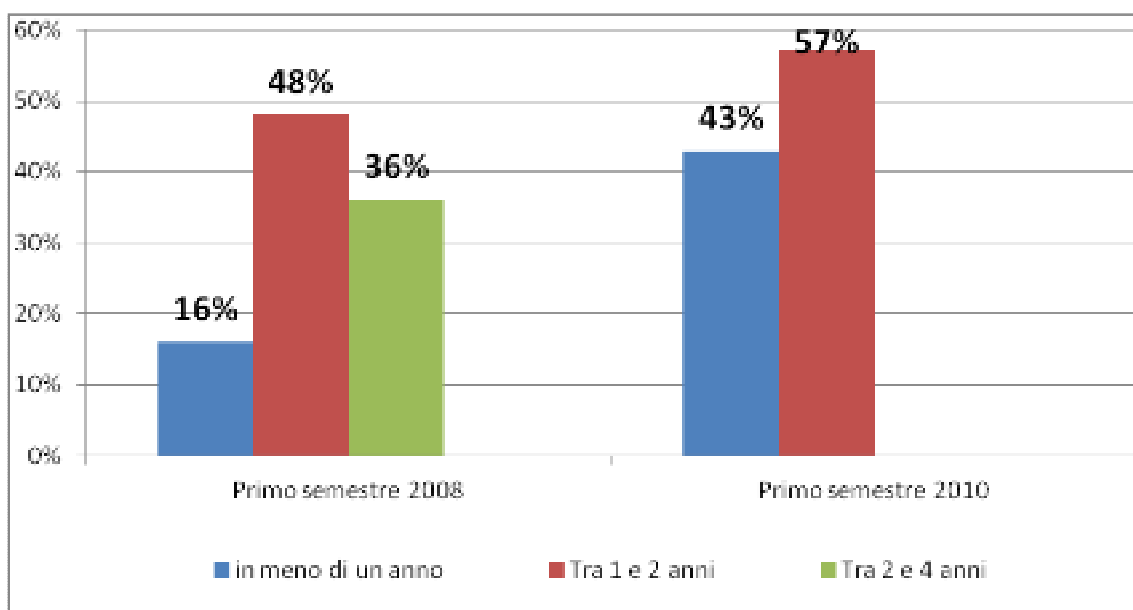
I dati sulla chiusura dei fallimenti evidenziano il mancato raggiungimento dei principali obiettivi della riforma: garantire la celerità della procedura e la massima soddisfazione dei creditori. L'indagine evidenzia, infatti, un'elevata percentuale di fallimenti ancora pendenti nonostante siano aperti da più di quattro anni:

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE



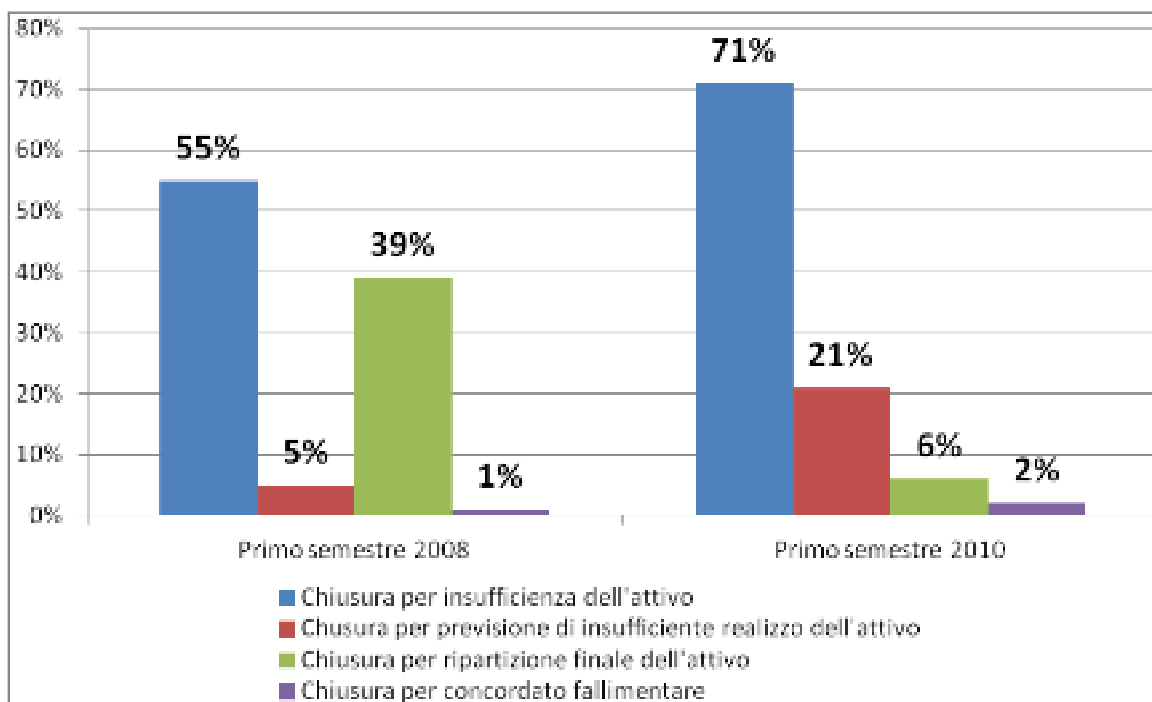
Le procedure chiuse sono state definite nei seguenti termini:



Le cause di chiusura sono state nella maggior parte dei casi, l'insufficienza dell'attivo e la previsione di insufficiente realizzo:

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI



Nell'esiguo numero di procedure in cui la chiusura è avvenuta per ripartizione finale dell'attivo (30 nel 2008 e 3 nel 2010), i creditori chirografari sono stati raramente soddisfatti e quando ciò è avvenuto la percentuale di recupero del credito si è attestata a livelli molto bassi, anche inferiore a quello che si calcolava essere il recupero medio ante riforma (8%). Questo calcolo è confermato dalle risposte alle domande che mostrano che, sui fallimenti 2008 già chiusi, nell'83% dei casi sono stati soddisfatti soltanto i creditori prededucibili e privilegiati, cui va aggiunto un ulteriore 7% in cui sono stati pagati i soli creditori prededucibili. Guardando al residuo 10% di casi in cui i creditori chirografari hanno ricevuto qualcosa, si può rilevare che nel 67% dei casi essi hanno percepito meno del 10% dei crediti, e nel restante 33% hanno ricevuto tra il 25 ed il 50%. Mai i creditori chirografari hanno ricevuto di più. Sui fallimenti del 2010 solo in un caso i chirografari sono stati pagati e con una percentuale del credito compresa tra il 50 e il 75%.

Ancora gli stessi creditori privilegiati in oltre il 50% dei casi hanno ricevuto meno del 25% e nel 32% meno del 10%.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE

PERCENTUALE DI SODDISFAZIONE DEI CREDITORI PRIVILEGIATI	Anno		Anno	
	2008	2010	2008	2010
Meno del 10% dei crediti	9		32%	
Tra il 10 e il 25% dei crediti	7	2	25%	67%
Tra il 25 e il 50% dei crediti	2		7%	
Tra il 50 e il 75% dei crediti	2		7%	
Tra il 75 e il 99% dei crediti	5		18%	
100% dei crediti	3	1	11%	33%

4. Concordato preventivo

I dati più interessanti soprattutto se collegati alle ultime novità normative sono quelli emersi in relazione al concordato preventivo.

L'istituto del concordato preventivo è stato profondamente innovato dalla riforma, che ne ha modificato l'accesso, il contenuto della proposta, il procedimento di approvazione e omologazione, con lo scopo di favorire una rapida emersione della crisi e la continuazione dell'attività aziendale in capo allo stesso debitore o a terzi. Le domande del questionario rivolte ai commissari giudiziali e ai giudici delegati sono state poste con lo scopo di verificare il grado di realizzazione di questi obiettivi e hanno riguardato in particolare: 1) la tipologia del concordato; 2) la nuova finanza; 3) l'ammissione alla procedura; 4) la revoca dell'ammissione al concordato; 5) l'omologazione; 6) lo stato del concordato e il pagamento dei creditori.

1) La tipologia del concordato

La valorizzazione dell'autonomia contrattuale che caratterizza il nuovo concordato preventivo comporta la possibilità per il debitore di presentare un piano ai suoi creditori dal contenuto più vario: esso può prevedere, infatti, il pagamento in percentuale dei creditori, anche privilegiati, e/o la dilazione dei crediti; la cessione dei

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE

beni ai creditori; la rilevazione delle attività e passività da parte di un assuntore; la suddivisione in classi di creditori, nonché trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

Dal questionario rivolto ai commissari giudiziali è emerso un dato significativo: in nessun caso nei concordati aperti nei due periodi di riferimento la proposta prevedeva la continuazione dell'attività aziendale. Nel più ampio periodo sottoposto all'attenzione dei giudici delegati alcuni casi si sono verificati, ma rappresentano un numero molto limitato. Ne deriva pertanto che la prospettiva di recupero dell'attività produttiva prevista e favorita dalla riforma è assente nella pratica. Le imprese la cui attività è già cessata da tempo al momento della presentazione della domanda, chiedono il concordato in un'ottica esclusivamente liquidatoria, salvo forse i pochi casi in cui c'è rilevazione delle attività e passività da parte di un assuntore.

A conferma del dato relativo alla prevalenza dei concordati di natura liquidatoria, vi è quello relativo ai casi in cui il Tribunale ha nominato il liquidatore: 46% delle procedure aperte nel primo semestre 2008, 50% in quelle aperte nell'ultimo trimestre 2010-primo 2011. Sembra, inoltre, abbastanza consolidata la prassi per cui il Tribunale nomina il liquidatore indicato dal debitore e raramente questo viene sostituito successivamente (la sostituzione è, infatti, avvenuta in un solo caso nel 2008).

La domanda di concordato, peraltro, ha rappresentato quasi sempre il primo tentativo dell'imprenditore di risolvere la crisi. Essa infatti è stata quasi sempre la prima proposta presentata.

2) La nuova finanza

La nuova finanza, elemento essenziale per il buon esito del tentativo di risanamento, (sia in caso di concordato e di accordo di ristrutturazione) non è stata quasi mai concessa.

3) L'ammissione alla procedura

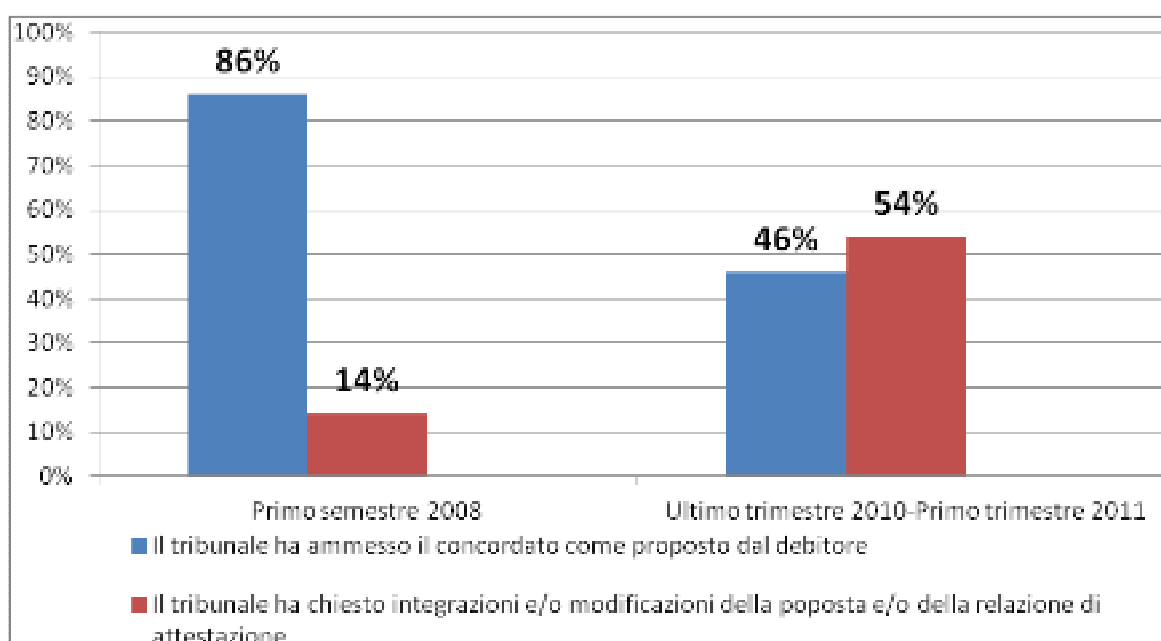
Tra le questioni interpretative di maggior rilievo sollevate successivamente all'entrata in vigore della riforma era quella relativa all'ampiezza dei poteri del giudice in sede di ammissione alla procedura di concordato preventivo. Al riguardo due orientamenti giurisprudenziali si erano formati: se per alcuni tribunali il giudice non avrebbe dovuto sindacare il merito della proposta, per altri all'opposto, avrebbe avuto il potere di controllare la fattibilità della proposta, nonché la veridicità dei dati aziendali. Per fare chiarezza sul punto è intervenuto il decreto correttivo del 2007, sebbene l'intervento non abbia pienamente risolto la questione. La nuova disciplina in ogni caso prevede che a seguito della presentazione della domanda di concordato il Tribunale deve verificare se ricorrono le condizioni previste dall'articolo 160 primo e secondo comma e dall'articolo 161 l.f., dichiarando in difetto inammissibile la proposta di concordato. Lo stesso Tribunale può concedere al debitore un termine non superiore a

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE

15 giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti. In caso di inammissibilità della domanda i creditori, il pubblico ministero e il debitore possono presentare istanza per la dichiarazione di fallimento.

In questa prima fase della procedura dall'indagine è emersa una forte incidenza del Tribunale sul contenuto della proposta di concordato e tale incidenza pare essersi intensificata nel tempo, i dati mostrano infatti che nell'ultimo periodo il tribunale ha chiesto integrazione e modificazione della proposta e della relazione di attestazione:



Quando la domanda è stata modificata a seguito della presentazione ciò è avvenuto nel primo periodo sempre sulla base di rilievi formulati dal giudice delegato, mentre nel secondo nel 56% dei casi i rilievi sono stati formulati dal commissario giudiziale nella relazione ex art. 172 l.f. e nel 44% dal giudice delegato.

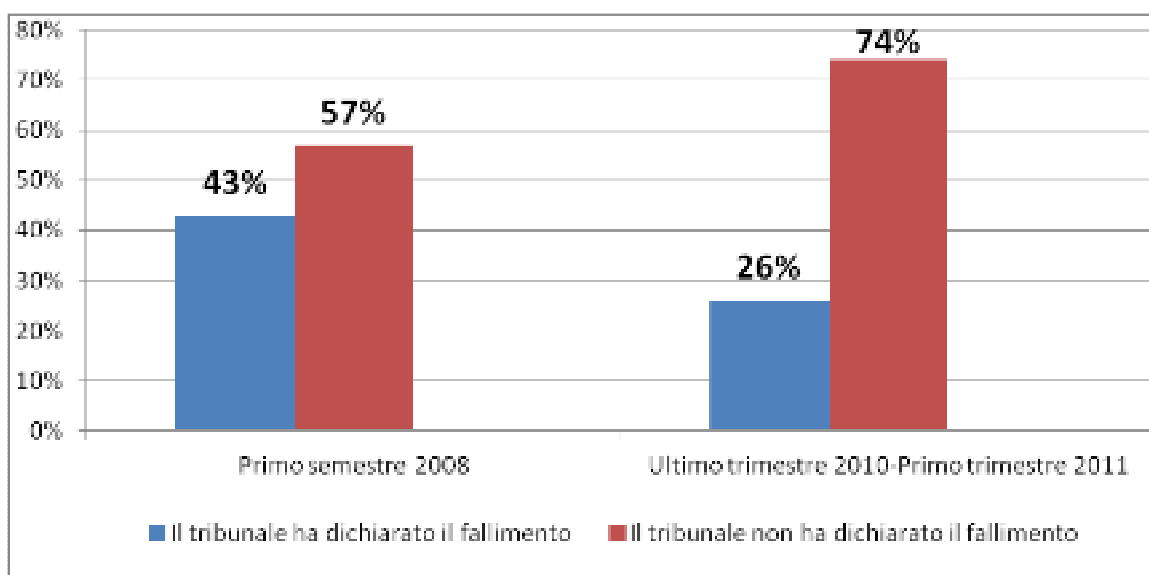
La prassi evidenzia dunque come, al di là del dibattito giurisprudenziale sull'estensione e sul contenuto dei poteri istruttori del tribunale, vi sia una tendenza al controllo forte da parte del giudice sulla proposta di concordato e una vera e propria trattativa tra il debitore e gli organi della procedura sul contenuto della proposta. Lo scostamento dal modello previsto originariamente dal legislatore, in cui il *bargaining* doveva svolgersi esclusivamente tra il debitore e i creditori è significativo. Ciò corrisponde, d'altra parte, a una situazione di fatto in cui il concordato si presenta come un'alternativa liquidatoria al fallimento. Si tratta certamente di un'evoluzione che non corrisponde all'andamento della disciplina delle procedure concorsuali conservative negli ordinamenti degli altri paesi occidentali.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORDUALI

Da un punto di vista qualitativo le modifiche richieste in particolare hanno riguardato prevalentemente la percentuale proposta ai creditori chirografari e le garanzie fornite. Quando la modifica è stata effettuata non risulta essere stato chiesto dal giudice un supplemento dell'attestazione.

In conformità alla disciplina di legge nella maggioranza dei casi al rigetto della proposta non è seguita la dichiarazione di fallimento da parte del tribunale e la percentuale risulta in diminuzione nel secondo periodo oggetto di rilevamento. I dati mostrano, infatti, che a seguito della dichiarazione di inammissibilità della proposta di concordato, nella maggior parte dei casi il tribunale non ha dichiarato il fallimento:



4) La revoca dell'ammissione al concordato

Dall'indagine è emerso che le procedure di concordato aperte nei diversi periodi di riferimento si sono svolte regolarmente, la revoca, infatti, non è stata disposta nella maggior parte dei casi.

5) L'omologazione

Nelle procedure aperte nel primo semestre 2008 il concordato è stato omologato nel 50% dei casi. Analoga percentuale si è registrata nelle procedure aperte nell'ultimo trimestre 2010-primo 2011 (49%).

Nei casi di mancata omologazione si è registrato un lieve aumento nel secondo periodo delle procedure in cui questa è stata causata dall'opposizione dei creditori.

RELAZIONI A CONVEGNI

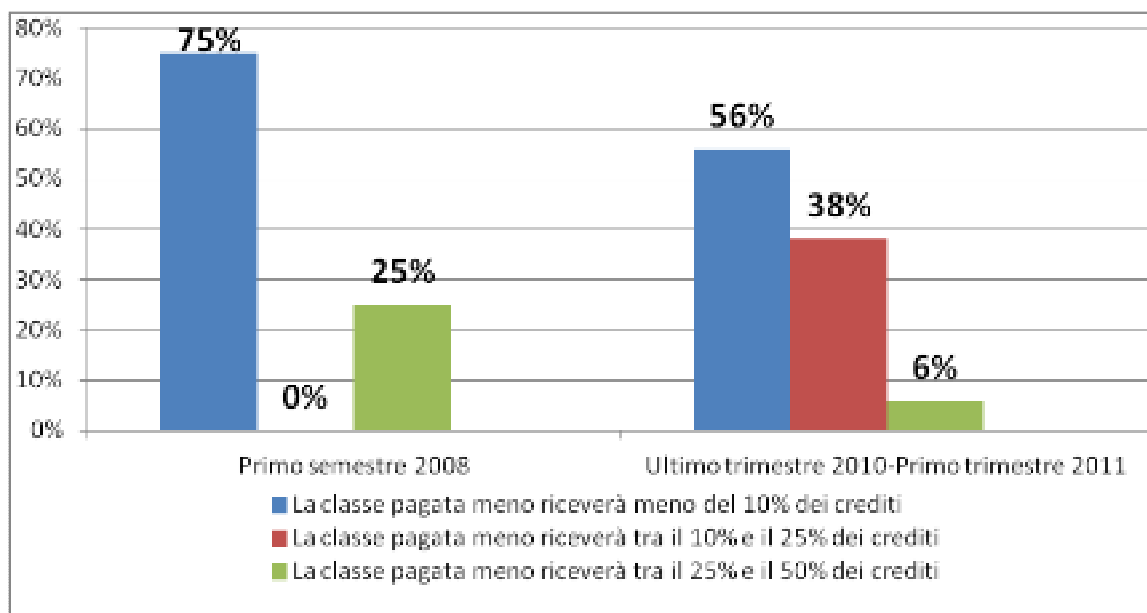
GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE

Nelle procedure aperte nel primo semestre 2008 il concordato è stato omologato nel 50% dei casi. Analoga percentuale si è registrata nelle procedure aperte nell'ultimo trimestre 2010-primo 2011 (49%).

Nei casi di mancata omologazione si è registrato un lieve aumento nel secondo periodo delle procedure in cui questa è stata causata dall'opposizione dei creditori.

6) Lo stato del concordato e il pagamento dei creditori

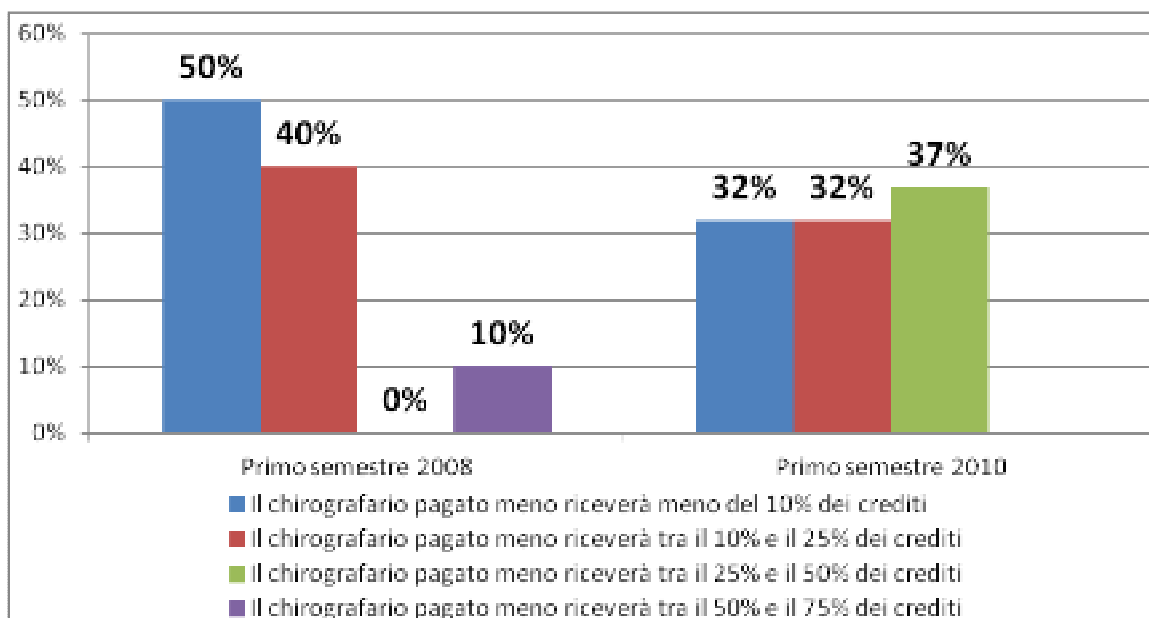
Non sono confortanti neppure i dati relativi a quanto si presume ammontare la percentuale di soddisfazione dei creditori nelle procedure ancora aperte. Nei casi di concordato con divisione in classi dei creditori i commissari giudiziali prevedono, infatti, che la classe pagata meno prevalentemente riceverà meno del 10% dei crediti:



Nei concordati senza divisione in classi dei creditori si presume, invece, che il creditore chirografario pagato meno riceverà prevalentemente meno del 25% dei crediti:

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI



5. Conclusioni dell'indagine e proposte

I dati rilevati attraverso l'indagine hanno evidenziato alcune inefficienze per ciascuna procedura. In particolare in relazione al fallimento è emerso come non siano stati raggiunti pienamente né l'obiettivo della riduzione dei tempi della procedura, né quello dell'aumento della percentuale di soddisfazione dei creditori. Le imprese accedono tardi al fallimento e la dilatazione dei tempi della procedura incrementa la perdita del valore aziendale. Tra le principali cause della lunghezza dei fallimenti si sono registrate la difficoltà per il curatore di reperire la documentazione necessaria per ricostruire il volume d'affari dell'impresa e il contenzioso endo-fallimentare, che solo raramente viene gestito attraverso lo strumento della cessione delle azioni e dei crediti.

Le inefficienze sono emerse anche in relazione all'allocazione delle funzioni tra gli organi: il comitato dei creditori non viene frequentemente nominato e talvolta la difficoltà della sua nomina costituisce ulteriore causa di ritardo della procedura. Quando però l'organo viene nominato il suo funzionamento è regolare e fondamentale per la gestione della procedura. Ciò indica che la scelta della riforma di potenziarne il ruolo va nella giusta direzione, anche se necessita di correttivi che ne consentano un'effettiva applicazione. Il compimento di molti atti del curatore, invece, è subordinato ad adempimenti burocratici e autorizzazioni del giudice che non sempre sono strumentali ad una maggiore garanzia dell'interesse dei creditori.

Sotto il profilo della soddisfazione dei creditori i risultati sono insoddisfacenti. Gli affitti d'azienda e gli esercizi provvisori non sono quasi mai disposti e la principale

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE

tipologia delle vendite rimane quella della vendita di singoli beni. Le vendite dell'intero complesso aziendale sono molto rare e i nuovi istituti del conferimento d'azienda e dell'accollo dei debiti non vengono utilizzati. Ne deriva che nella maggior parte dei casi le procedure si chiudono per insufficienza dell'attivo o per previsione di insufficiente realizzo e quando una soddisfazione dei creditori si verifica le percentuali dei crediti recuperati sono irrisorie. L'inefficienza della procedura e il mancato conseguimento degli obiettivi devono per un verso essere ricollegati al retaggio culturale che ancora accompagna e orienta le scelte degli operatori del diritto chiamati ad applicare la nuova legge fallimentare. Per altro verso vanno invece riconnessi ad aspetti tecnici della legge che richiedono un perfezionamento.

Alcuni suggerimenti in tal senso sono stati avanzati dagli stessi curatori fallimentari ai quali è stato chiesto quali misure potrebbero a loro avviso migliorare la disciplina. Le misure indicate possono ricondursi a due categorie: da un lato quelle per realizzare un contenimento dei tempi della procedura (attraverso ad esempio l'informatizzazione della procedura, la previsione di riti speciali per il contenzioso endofallimentare, la riduzione dei tempi per il deposito delle domande tardive); dall'altro quelle volte a garantirne una gestione più efficiente finalizzata ad un miglior realizzo dell'attivo nell'interesse dei creditori (tra cui si segnalano le misure volte a valorizzare ulteriormente il ruolo del comitato dei creditori, a prevedere un compenso per i suoi membri, ad accentuare l'autonomia contrattuale del curatore e a ridurre le formalità non necessarie per una efficiente liquidazione).

Anche in relazione al concordato preventivo i dati hanno evidenziato un uso non efficiente della procedura e non sempre coerente con l'obiettivo della valorizzazione della continuità aziendale. Il dato da mettere in rilievo, tuttavia, è che ad oggi l'istituto mantiene ancora le potenzialità indicate dalla riforma, che vanno ulteriormente sostenute. Anche le dimensioni maggiori delle imprese che giungono al concordato (rispetto a quella delle imprese che accedono alla procedura fallimentare) confermano come si tratti di un istituto centrale nelle soluzioni alla crisi d'impresa il cui impiego deve essere incentivato.

Dall'indagine sono emerse anche le linee di intervento per un miglioramento della disciplina, le quali possono essere ricondotte in particolare alla necessità di: i) introdurre meccanismi volti a consentire la presentazione della domanda alle prime manifestazioni della crisi; ii) prevedere una disciplina specifica per i concordati con finalità di risanamento dell'impresa per rendere effettivamente compatibile la procedura di concordato preventivo con la continuazione dell'attività; iii) estendere all'accordo di ristrutturazione dei debiti il trattamento fiscale delle perdite su crediti già previsto per il fallimento e il concordato preventivo, per incentivare il ricorso a tale istituto; iv) modificare la disciplina della prededuzione dei crediti per agevolare la concessione della nuova finanza.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE

6. Le novità del decreto Crescita

Per cercare di correggere le disfunzioni evidenziate dall'indagine il decreto Crescita ha introdotto alcune novità fondamentali, che saranno meglio illustrate dai relatori che seguiranno, ma delle quali è importante segnalare sin da ora le finalità. Queste riguardano in particolare: il “concordato in bianco”; il “concordato con continuità aziendale”; la nuova disciplina della prededuzione dei crediti; il trattamento fiscale delle perdite su crediti e delle sopravvenienze attive.

La nuova disciplina del cd. “concordato in bianco” si ispira all'istituto dell'*automatic stay* previsto dal chapter 11 del Bankruptcy Code degli Stati Uniti ed è volta a consentire al debitore di anticipare la presentazione della proposta alle prime manifestazioni della crisi e di predisporre il piano di concordato e la documentazione necessaria al riparo dalle azioni esecutive e cautelari dei creditori. Prima delle modifiche, infatti, l'imprenditore poteva accedere alla procedura di concordato soltanto quando avesse già strutturato un piano da porre a base dell'accordo con i creditori e fosse in possesso dell'attestazione del professionista sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano stesso. Il blocco delle azioni esecutive e il divieto di acquisire titoli di prelazione operava dal momento della presentazione del ricorso completo di tutta la necessaria documentazione. Tale sistema non teneva però conto del fatto che le attività di predisposizione e di attestazione del piano possono richiedere alcuni mesi durante i quali le pressioni dei creditori possono pregiudicare il buon esito delle operazioni e la crisi, a causa del cd. “effetto di avvitanamento”, può aggravarsi sino a degenerare nell'insolvenza. Ciò che è emerso dai dati è infatti che la domanda di concordato è presentata quando è ormai troppo tardi.

Alla possibilità di presentare una domanda incompleta è stato poi necessario accompagnare una disciplina specifica per favorire la prosecuzione dell'attività aziendale. A tal fine sono state introdotte le norme sul concordato di risanamento o con continuità aziendale. Anche qui è, però, doveroso osservare che la possibilità di proporre ai creditori un concordato che ne preveda la soddisfazione attraverso i flussi finanziari generati dalla conservazione dell'organizzazione imprenditoriale, anziché dalla liquidazione dei beni era già stata riconosciuta e valorizzata dalla riforma. Con le modifiche all'articolo 160 l.f. era stata infatti superata la rigidità dello schema del concordato con cessione dei beni, nel presupposto che l'interesse dei creditori non sempre è incompatibile con la conservazione dell'impresa e come questo possa persino essere meglio realizzato attraverso la riorganizzazione dei processi aziendali. Permanevano, però, nei fatti alcuni ostacoli alla gestione dell'impresa in concordato tra cui: l'impossibilità di effettuare i pagamenti per debiti pregressi ai cd. fornitori essenziali; le difficoltà – come emerso dall'indagine – nel reperire i finanziamenti necessari per la prosecuzione dell'attività nella fase antecedente all'apertura della procedura e nel corso della sua esecuzione; l'interruzione automatica dei rapporti con la pubblica amministrazione e l'esclusione dalle procedura ad evidenza pubblica;

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE

l'impossibilità di adempiere agli obblighi di ricapitalizzazione previsti dalla normativa societaria senza pregiudicare il tentativo di risanamento. Questi ostacoli appaiono oggi rimossi dalla nuova disciplina.

Il decreto è intervenuto anche sul profilo della concessione della nuova finanza, introducendo – sia pure con qualche difetto di coordinamento con la disciplina già esistente – un meccanismo ispirato ai *first day orders* del Bankruptcy code statunitense, in base al quale con la domanda di ammissione alla procedura di concordato o di omologa dell'accordo, nonché con la domanda di concordato in bianco e con il preaccordo di ristrutturazione dei debiti è possibile richiedere immediatamente al giudice l'autorizzazione a contrarre finanziamenti ai quali è successivamente riconosciuto il beneficio della prededucibilità, eliminando così ogni l'incertezza nel finanziatore circa le sorti del suo credito.

Per favorire la presentazione di accordi di ristrutturazione sono state previste due ulteriori misure importanti. La prima è la misura incentivo rappresentata dal trattamento fiscale di favore, già previsto dalla disciplina del TUIR per il concordato e per il fallimento (in base al quale le rinunce dei creditori danno luogo per i creditori a una perdita deducibile, mentre per il debitore non costituiscono sopravvenienza attiva). La seconda è connessa alla disciplina del concordato in bianco, posto che decorso il termine concesso dal giudice il debitore può presentare in luogo del piano di concordato una domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. In tal modo l'imprenditore otterrà il beneficio del blocco anticipato delle azioni esecutive sin dal momento della presentazione della domanda in bianco, senza dover attivare il macchinoso procedimento previsto dall'articolo 182 bis, sesto comma.

Queste sono alcune delle modifiche più importanti che sembrano dare risposta alle risultanze dell'indagine Assonime-Ministero della Giustizia. A questo punto una considerazione conclusiva: certamente si dirà che poteva essere fatto meglio e che le norme sollevaranno inevitabilmente questioni interpretative, ma ciò che appare opportuno fare in questa fase di grave crisi internazionale è cercare di concentrarsi sugli aspetti positivi e cercare le migliori soluzioni interpretative per far funzionare gli istituti, anziché continuare nella deriva del rifiuto del moderno, che sino ad oggi ha prodotto soltanto i risultati negativi ben segnalati dall'indagine.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE



ATTUAZIONE DELLA RIFORMA DELLA LEGGE FALLIMENTARE

*IL PROCEDIMENTO
UTILIZZATO PER LA
RILEVAZIONE STATISTICA*

Alba, 17 novembre 2012



Ministero della Giustizia
Direzione Generale di Statistica

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Statistiche giudiziarie - oggi

Rispetto alla richiesta di dati relativi a un fenomeno o a una materia, la statistica giudiziaria può trovarsi in una delle seguenti situazioni:

Il dato è presente nei sistemi informativi ed è oggetto di rilevazione statistica periodica	<i>Il ministero è in grado di fornire un'elaborazione dei dati rilevati, a condizione che abbia verificato i requisiti minimi di qualità e completezza, nonché quelli di riservatezza</i>
Il dato è presente nei sistemi informativi ma non è oggetto di rilevazione statistica	<i>Il fenomeno può essere rilevato a condizione che si effettui un'estrazione ad-hoc su tutti o su un campione di uffici che trattano quel dato</i>
Il dato non è presente nei sistemi informativi	<i>Il fenomeno non può essere rilevato, salvo effettuare delle indagini quali-quantitative che hanno il valore di «sondaggio»</i>

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Statistiche giudiziarie - domani



I sistemi di datawarehouse superano la logica dell'estrazione ad-hoc e realizzano la raccolta integrata di tutti i dati statistici di interesse

▪ Il **datawarehouse** può essere visto come una collezione di dati **statistici integrati e organizzati**, che riguarda una serie di fatti accaduti nel tempo e finalizzata ad analisi a supporto di processi decisionali (*business intelligence*)

- ▶ Foto istantanee dei dati nel tempo (storizzazione)
- ▶ Fonti alimentanti eterogenee (riconciliazione e qualità del dato)
- ▶ Dati organizzati per soggetti/fatti (datamart, dimensioni e misure)

▪ Il **datawarehouse** è l'insieme di strumenti tecnologici per

- ▶ Estrazione e acquisizione (controllata) dei dati (processi di back-end)
- ▶ Rappresentazione sintetica dei fenomeni analizzati (processi di front-end)



RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

L'indagine statistica nel settore fallimentare



L'esigenza informativa sulla riforma fallimentare, pur contenendo alcune caratteristiche rilevabili attraverso estrazioni ad-hoc del sistema informativo SIECIC, poteva avere una risposta soltanto attraverso una **indagine ad-hoc**.

Il metodo utilizzato è stato quello dell'indagine statistica a campione condotta su **tre categorie professionali: giudici delegati, curatori e commissari dei concordati preventivi**.

Nella predisposizione dei questionari il gruppo di lavoro ministeriale è stato coadiuvato da **Assonime** che già nel 2006 aveva condotto un'indagine sul settore Fallimentare e con la quale è stato giudicato **opportuno non duplicare la richiesta di informazioni**.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Il metodo di indagine



Il gruppo di lavoro ha deciso di condurre l'analisi su un **campione di Uffici Fallimentari** selezionati in base a dimensione e suddivisione geografica.

Passi seguiti nella definizione del campione:

- Suddivisione dei 165 Circondari di Tribunale in 4 gruppi sulla base dei flussi di procedimenti in materia fallimentare rilevati nell'anno 2009.
- All'interno di ciascun gruppo si è tenuto conto della suddivisione geografica in modo da rappresentare l'intero territorio nazionale.



RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI



RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Destinatari dell'indagine



L'indagine ha previsto la compilazione di tre diversi questionari come di seguito illustrato:



Giudici Delegati

- Numero di schede da compilare: una per ciascun delegato
- Periodo di riferimento: anno 2010
- Lunghezza questionario: circa 50 domande



Curatori Fallimentari

- Numero di schede da compilare: una per ciascuna procedura fallimentare
- Periodo di riferimento: seconda semestre 2007 & primo semestre 2010
- Lunghezza questionario: circa 80 domande



Commissari Giudiziali

- Numero di schede da compilare: una per ciascuna procedura di concordato preventivo
- Periodo di riferimento: quarto trimestre 2010 / primo trimestre 2011
- Lunghezza questionario: circa 30 domande

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Piano di lavoro



Periodo	Attività
Gen-Feb 2011	Definizione di ambito, obiettivi e metodo
Marzo 2011	Predisposizione dei questionari
Aprile 2011	Incontro con i Presidenti di Sezione
Mag-Giu 2011	Finalizzazione dei questionari
Luglio 2011	Indagine Pilota per testare il questionario
Settembre 2011	Erogazione dei questionari definitivi
Set-Nov 2011	Raccolta questionari compilati
Dicembre 2011	Analisi dei dati
Gennaio 2012	Diffusione dei risultati preliminari
Aprile 2012	Risultati definitivi e pubblicazione rapporto

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSAI

Questionario on-line



- Il questionario è stato **pubblicato online** su un'area riservata del **sito webstat** (sito ufficiale della Direzione Generale di Statistica).
- Ai partecipanti all'indagine è stata spedita una **e-mail con l'invito a partecipare** alla rilevazione collegandosi al sito.
- È stata predisposta una **casella di posta elettronica per l'invio dei quesiti** su aspetti specifici del questionario.



RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE

Rispondenza



La raccolta dei dati è avvenuta nel periodo compreso tra settembre e novembre 2011.

Nel complesso sono stati invitati a partecipare all'indagine

1.045 curatori, 145 commissari giudiziali e 63 giudici delegati.

Tipologia Questionario	Questionari validi
Curatori fallimentari	771
Commissari giudiziali	49
Giudici delegati	23 (x 1.218)

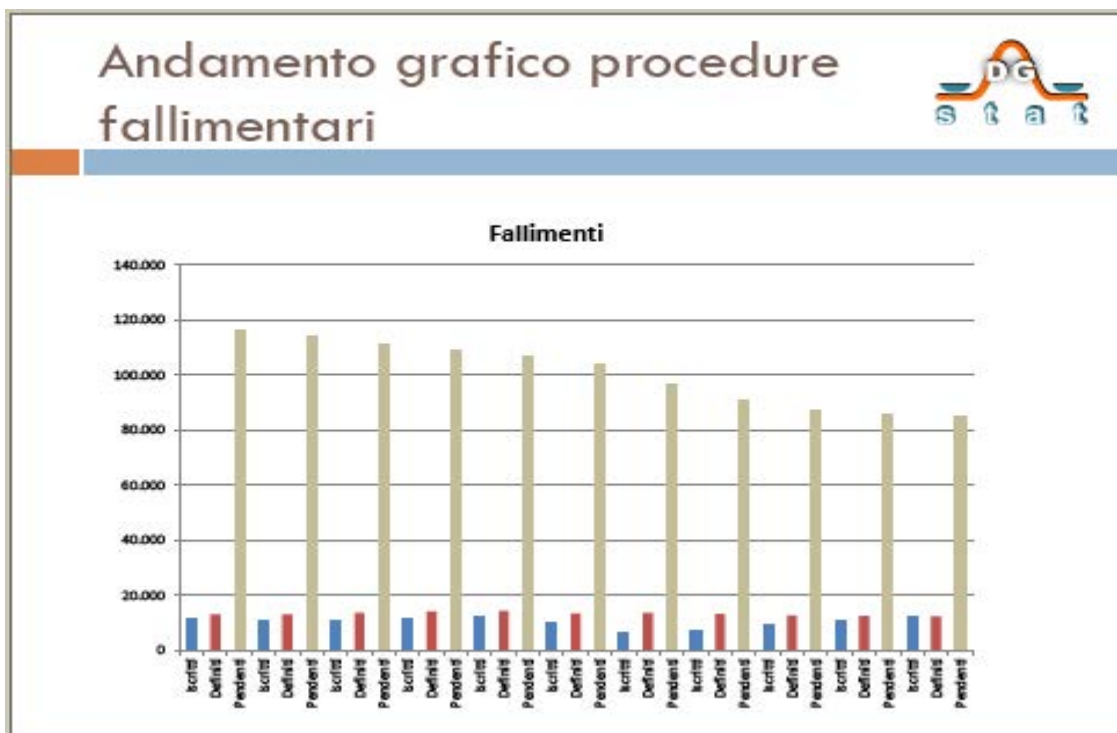
RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI




RELAZIONI A CONVEGNI


GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI



RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Struttura del Questionario [1/3] 


 **Giudici Delegati**


- Numero di schede da compilare: una per ciascun giudice delegato
- Periodo di riferimento: anno 2010
- Lunghezza questionario: circa 50 domande

- A. Istruttoria pre-fallimentare:
- B. Sentenza dichiarativa di fallimento
- C. Impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento
- D. Curatore
- E. Comitato dei creditori
- F. Accertamento del passivo
- G. Liquidazione dell'attivo
- H. Concordato fallimentare
- I. Esdebitazione
- J. Concordato preventivo
- K. Accordi di ristrutturazione dei debiti
- L. Transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione
- M. Durata del procedimento fallimentare

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Struttura del Questionario [2/3] 


 **Curatori Fallimentari**


- Numero di schede da compilare: una per ciascuna procedura fallimentare
- Periodo di riferimento: seconda semestre 2007 & primo semestre 2010
- Lunghezza questionario: circa 80 domande

- A. Informazioni generali sull'impresa sottoposta alla procedura
- B. Istruttoria prefallimentare e dichiarazione di fallimento
- C. Svolgimento della funzione di curatore
- D. Comitato dei creditori
- E. Accertamento del passivo
- F. Esercizio provvisorio dell'impresa
- G. Affitto d'azienda
- H. Liquidazione dell'attivo
- I. Chiusura della procedura
- J. Concordato fallimentare
- K. Valutazioni dell'efficienza della procedura fallimentare

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI EFFETTI DELLE RIFORME SULL' ANDAMENTO DELLE PROCEDURE CONCORSALE

Struttura del Questionario [3/3] 

 **Commissari Giudiziali**

- Numero di schede da compilare: una per ciascuna procedura di concordato preventivo
- Periodo di riferimento: quarto trimestre 2010 / primo trimestre 2011
- Lunghezza questionario: circa 30 domande

- A. Informazioni generali sull'impresa sottoposta alla procedura
- B. Tipologia del concordato preventivo
- C. Ammissione al concordato preventivo
- D. Classi di creditori
- E. Revoca dell'ammissione al concordato
- F. Omologazione del concordato
- G. Stato del concordato e pagamento dei creditori

IL CONCORDATO SENZA PIANO

L'Autore esamina la disciplina del c.d. concordato senza piano, soffermandosi in particolare sulla trattazione degli aspetti di carattere procedimentale, nonché sulla compatibilità del pre-concordato con le autorizzazioni speciali che il Tribunale può concedere.

di **FILIPPO LAMANNA**

1. Il tema affidatomi – il “concordato senza piano”, altrimenti detto “pre-concordato” o “concordato con riserva” o “concordato in bianco”, com'è stato finora variabilmente definito nella pratica e dai primi commentatori – è certamente un tema assai caldo e di grande attualità, e anzi forse il più caldo, poiché una marea di domande di pre-concordato si è già abbattuta sui Tribunali fallimentari a partire subito dalla fatidica data dell'11 settembre u.s., in cui è entrata in vigore la legge di conversione del Decreto Sviluppo.

Può forse risultare utile sapere, sul piano puramente statistico, che se al Tribunale di Milano venivano di solito presentate circa 100 domande di concordato preventivo all'anno (e si trattava comunque di un record assoluto in Italia), dall'11 settembre al 15 novembre 2012, ossia nell'arco di soli due mesi, sono state presentate dinanzi al medesimo Tribunale ben 83 domande di concordato, quasi tutte “in bianco”. Di queste poco meno della metà sono state proposte a procedura pre-fallimentare già pendente. Quest'ultimo dato induce a reputare che lo strumento non sia stato utilizzato finora solo come mezzo per rimandare il *redde rationem* in ambito fallimentare, ma anche come strumento di anticipazione “normale” del concordato preventivo vero e proprio, e dunque come utile e tempestiva ostensione della crisi d'impresa. Vedremo alla ormai prossima scadenza dei primi termini concessi dal Tribunale fino a che punto questa lettura sia o meno realistica.

Ad ogni modo il tema, oltre che molto caldo, è anche molto ampio e sarebbe impossibile trattarlo compiutamente in questa sede.

Limiterò pertanto la trattazione solo ad alcuni aspetti.

2. Credo di dover dare precedenza anzitutto a quelli, di carattere procedimentale, sul quale il prof. Sacchi proprio ora ha richiamato la nostra attenzione.

RELAZIONI A CONVEGNI

IL CONCORDATO SENZA PIANO

2.1. Il primo quesito attiene alla regolarità formale della domanda, e in particolare esige di sapere chi possa presentarla, sulla base di quali poteri e con quale documentazione a supporto degli stessi.

In sostanza si tratta di stabilire come il Tribunale debba accertare la legittimazione del soggetto che ha sottoscritto la domanda di pre-concordato.

A questo proposito il Tribunale di Milano reputa che al momento di presentazione del ricorso sia necessario soltanto accertare i poteri rappresentativi del sottoscrittore della domanda (che si tratti, in sostanza, dell'Amministratore o di figura equiparata).

Quanto invece ai verbali previsti dall'art. 152 l.fall. (verbale della delibera assembleare o verbale della "determina" dell'organo amministrativo, anche monocratico, con cui si autorizza o decide la presentazione della proposta di concordato), si ritiene che essi possano essere prodotti insieme alla proposta (e al piano), quando essa verrà presentata (arg. letterale ex art. 152 l.fall., che proprio alla proposta fa riferimento).

Questo è in realtà anche il comportamento preferibile, sebbene non possa escludersi che il ricorrente depositi tali verbali già al momento stesso in cui deposita la domanda (ricorso) di pre-concordato.

Ma è il comportamento preferibile per evitare che sorgano poi contestazioni sull'ampiezza dell'oggetto della delibera che, se anteriore alla presentazione della proposta (che il ricorrente si riserva appunto di presentare successivamente), potrebbe essere o troppo generica, o comunque non adeguatamente motivata sul tipo di proposta che si va ad autorizzare; difetti di solito non sussistenti quando la delibera sia assunta allorchè la proposta sia stata già confezionata nei suoi elementi costitutivi.

Deve anche rilevarsi che il dubbio sopra indicato assume maggior rilievo in relazione alla possibilità di presentare poi, anzichè le domande definitive di concordato, piuttosto domande di omologa di accordi di ristrutturazione ex art. 182-*bis* l.fall.. In tal caso, infatti, una delibera autorizzativa alla presentazione di un concordato *tout court* che fosse stata redatta in occasione della presentazione del ricorso sarebbe di per sé inidonea a sostenere la domanda di omologa degli accordi.

Allo stesso modo, se prima si presentasse una domanda di inibitoria con preaccordo ex art. 182-*bis* sesto comma e poi si presentasse invece, entro il termine per presentare gli accordi, una domanda di concordato preventivo, la delibera autorizzativa iniziale sarebbe inidonea a sostenere quest'ultima.

2.2. Il secondo quesito attiene ai rapporti tra domanda di pre-concordato e procedure prefallimentari già pendenti.

Al Tribunale di Milano abbiano ritenuto opportuno inserire direttamente nel fascicolo relativo ad ogni procedura pre-fallimentare, in caso di presentazione di una domanda di pre-concordato o concordato, un provvedimento sintetico del G.rel. che dispone la riunione del procedimento pre-fallimentare alla procedura concordataria e

RELAZIONI A CONVEGNI

IL CONCORDATO SENZA PIANO

sospende il procedimento pre-fallimentare fino alla definizione di quest'ultima (ossia fino all'omologa o fino agli eventuali provvedimenti che rendano improseguibile la procedura: dichiarazione di inammissibilità o rigetto della domanda; revoca dell'ammissione *ex art. 173*; mancata approvazione dei creditori; rigetto dell'omologa).

Infatti il Tribunale può dichiarare inammissibile la domanda per difetto di proposta o per difetti della proposta o della prescritta documentazione, di norma, solo dopo il decorso del termine da esso stesso concesso, essendo rimasto paralizzato, sospeso, tale potere-dovere, durante il suddetto intervallo temporale.

Il che (valutato congiuntamente alla previsione dell'ultimo comma dell'art. 161, laddove, statuendosi che quando pende procedimento per la dichiarazione di fallimento il termine di cui al sesto comma non può superare i sessanta giorni, s'impone per implicito un immediato *non liquet* sull'istanza di fallimento) spiega anche perchè una domanda di pre-concordato possa precludere il potere del Tribunale di decidere un'istanza o una richiesta di fallimento (già presentate) ancor prima che sia stata depositata una proposta definitiva di concordato, così anticipandosi quella situazione di pregiudizialità che, di solito, può riconoscersi sussistente solo quando siano contemporaneamente pendenti un procedimento prefallimentare e un procedimento concordatario attivato da una proposta definitiva, ipotesi in cui quest'ultima, quale soluzione alternativa (e preventiva) rispetto al fallimento, esige di essere valutata dal Tribunale prima che esso proceda all'esame dell'istanza o richiesta di fallimento.

3. Esauriti in questo modo i due temi problematici di carattere procedimentale evocati in limine dal prof. Sacchi, passo ad esaminare il particolare profilo della compatibilità – alquanto problematica - del pre-concordato con le autorizzazioni speciali che può concedere il Tribunale.

3.1. A questo fine occorre preliminarmente chiarire che, con la domanda di pre-concordato, si paralizza in sostanza, temporaneamente, quel potere-dovere del Tribunale di dichiarare inammissibile la proposta che esso sarebbe chiamato ad esercitare ai sensi dell'art. 162, secondo comma, in ragione del difetto, appunto, dei presupposti previsti dai commi primo e secondo dell'art. 160, e dai primi quattro commi dell'art. 161, ossia, in sintesi, in ragione della mancanza degli elementi minimi di riconoscibilità di una proposta concordataria valida ed ammissibile, secondo la conformazione tipologica ed i requisiti formali e sostanziali previsti dalle predette norme.

Il Tribunale può dunque dichiarare inammissibile la domanda per difetto di proposta o per difetti della proposta o della prescritta documentazione, di norma, solo dopo il decorso del termine da esso stesso concesso, essendo rimasto paralizzato, sospeso, tale potere-dovere, durante il suddetto intervallo temporale.

È necessario ben comprendere la logica sottesa al sopra indicato meccanismo disegnato dal nuovo tessuto normativo: occorre in particolare tener conto del fatto che la regola è sempre quella dell'inammissibilità di una domanda di concordato che non sia

RELAZIONI A CONVEGNI

IL CONCORDATO SENZA PIANO

corredata da proposta, piano e documentazione di supporto, mentre la sospensione del potere-dovere del Tribunale di dichiarare tale inammissibilità (pur in difetto dei presupposti previsti dalla legge), che scatta in ragione della concessione di termine ex art. 161, sesto comma, è, invece, l'eccezione.

Il rapporto logico regola-eccezione impone infatti un'interpretazione ed un'applicazione tendenzialmente restrittive dell'istituto.

Una lettura restrittiva, del resto, non può non giustificarsi anche per il fatto, puro e semplice, che alla concessione di un così grande beneficio, come la prolungata ed anticipata protezione offerta al debitore contro le aggressioni esecutive e cautelari dei suoi creditori insoddisfatti (di norma del tutto legittime), deve necessariamente corrispondere un contrappeso riequilibratore, il quale va ravvisato quanto meno in un'inevitabile limitazione dei poteri gestori del debitore a partire dal deposito della domanda e nel correlato potere di controllo del Tribunale sul loro esercizio, per evitare se non altro le condotte più abusive e pregiudizievoli per i creditori.

Proprio l'art. 161, settimo comma, l.fall. mostra qual è stato al riguardo l'intendimento del Legislatore: pur lasciando al debitore ricorrente il potere di compiere atti di ordinaria amministrazione [sottratti a revocatoria ex art. 67, terzo comma, lettera e) e suscettibili di dar vita a crediti prededucibili], ha invece assoggettato a controllo preventivo di carattere autorizzatorio del Tribunale gli atti urgenti di straordinaria amministrazione, in relazione ai quali, dunque, può senz'altro reputarsi che il debitore subisca, per effetto della presentazione della domanda di pre-concordato, quanto meno uno "spossessamento attenuato".

La conclusione trova ulteriore conforto nelle altre successive norme che prevedono la necessità di un analogo (anche se non identico) intervento autorizzatorio del Tribunale, in particolare l'art. 169-*bis*, che disciplina l'autorizzazione allo scioglimento o alla sospensione dei contratti pendenti, e l'art. 182-*quinquies*, che disciplina l'autorizzazione a contrarre finanziamenti interinali prededucibili e a pagare in via anticipata crediti anteriori per prestazioni essenziali.

È di queste norme, soprattutto, che conviene qui occuparsi, anche se ve ne sono altre, pure contenenti benefici estremamente importanti, che sono certamente idonee a spiegare rilievo anche in relazione alle domande di pre-concordato, come ad esempio l'art. 69-*bis* in materia di decadenza dall'azione revocatoria, come l'art. 168 in materia di effetti della domanda di concordato e come l'art. 182-*sexies* in materia di sospensione delle misure di ricapitalizzazione societaria.

Su tali norme non ritengo opportuno soffermarmi in questa sede, in quanto esse sono relative ad istituti ad applicazione automatica, per i quali non è previsto cioè, esplicitamente, quel previo intervento autorizzatorio del Tribunale di cui intendo qui specificamente trattare.

L'art. 182-*quinquies* presenta poi un profilo di speciale interesse anche perché incrocia la particolare problematica del rapporto intercorrente tra pre-concordato e

RELAZIONI A CONVEGNI

IL CONCORDATO SENZA PIANO

concordato con continuità aziendale nel punto in cui disciplina l'autorizzazione dei pagamenti di crediti anteriori per prestazioni essenziali.

3.2. In effetti tutta la tematica delle autorizzazioni "speciali" che il Tribunale è chiamato a valutare se concedere o meno quando sia stata proposta una domanda di pre-concordato si presenta altamente controversa.

Ciò si deve al fatto che il Legislatore del Decreto Sviluppo non ha sistematizzato in modo coerente la figura del pre-concordato all'interno dell'intera disciplina concordataria, specie in rapporto alle altre norme di nuovo conio, il che ha conservato alla suddetta figura varie ed intime contraddizioni, che non sono state sufficientemente metabolizzate a causa del suo trapianto in un corpo normativo di ben diversa natura rispetto a quello d'oltreoceano, restando quindi soggetto a prevedibili fenomeni di rigetto.

Se si procede ad un'analisi, per così dire, stratigrafica delle norme di riferimento, ci si avvede di come si muovano all'interno del pre-concordato disposizioni che hanno un variabile tasso di coerenza con questa figura.

In quest'ottica, l'unica disposizione normativa in tema di autorizzazioni speciali che sembra nascere già correlata coerentemente alla figura del pre-concordato, ed in funzione della stessa, è quella contenuta nel settimo comma dell'art. 161, laddove si prevede che dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'articolo 163 il debitore possa compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni.

La parola chiave dell'intera previsione sta nell'aggettivo "urgenti" riferito agli atti di straordinaria amministrazione. Non tutti gli atti aventi carattere "straordinario", infatti, sono autorizzabili durante il pre-concordato, ma solo quelli urgenti.

La norma ha dunque portata e *ratio* restrittivi: essa ci fa comprendere che il debitore ricorrente in pre-concordato non può mai compiere atti di straordinaria amministrazione, o meglio, che può porre in essere solo quelli "urgenti" alla condizione che il Tribunale li autorizzi. Di conseguenza non possono mai essere compiuti gli atti di straordinaria amministrazione non urgenti¹. Essi potranno essere compiuti solo dopo l'ammissione al concordato e sempre che siano poi autorizzati dal Giudice Delegato a norma dell'art. 167 l.fall.

¹ Questa sembra in effetti la lettura più logica e ragionevole. Non sembra infatti accettabile una lettura soltanto semi-restrittiva, come quella secondo cui il ricorrente potrebbe invece comunque compiere atti di straordinaria amministrazione senza autorizzazione, con l'unica conseguenza che ad essi non potrebbe riconoscersi la prededuzione e che poi, in caso di eventuale fallimento, resterebbero soggetti a revocatoria e ad eventuale sanzione penale per bancarotta. È infatti evidente che proprio tale soggezione ai ridetti effetti sanzionatori può derivare solo da una qualificazione degli atti in oggetto in termini di disvalore, di illegittimità (e forse ancor meglio di illiceità), situazione che non potrebbe non rilevare anche sotto il profilo della inammissibilità sopravvenuta della domanda in ragione dell'abusivo comportamento del debitore.

RELAZIONI A CONVEGNI

IL CONCORDATO SENZA PIANO

Prima di tale momento gli unici atti di straordinaria amministrazione che possono essere compiuti sono quelli urgenti autorizzati dal Tribunale, perché solo l'urgenza può fungere da causa giustificatrice in una fase in cui nessuno è ancora in grado di sapere quale proposta concordataria verrà presentata e sulla base di quale piano (o se addirittura sarà presentata non una proposta di concordato definitiva, ma invece una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione ex art. 182-*bis* l.fall.).

Naturalmente il Tribunale non è chiamato a valutare solo l'urgenza, che è condizione necessaria, ma non sufficiente ai fini autorizzatori, occorrendo – per implicite ragioni logiche e sistematiche - anche che l'atto sia utile o quantomeno non dannoso.

Ma se l'atto nemmeno fosse urgente, il suo compimento potrebbe trovare giustificazione solo in relazione ad una programmazione futura, in ragione cioè del suo inserimento nel piano concordatario, ovvero nella sua utilità (o non dannosità) alla stregua di una valutazione positiva compiuta dal Giudice Delegato dopo l'ammissione al concordato, in sede di autorizzazione rilasciata ex art. 167 l.fall. .

L'urgenza spiega coerentemente anche perché in tal caso la legge non preveda la necessità che il debitore, nel chiedere l'autorizzazione, si munisca previamente di speciali relazioni attestative dell'esperto, come invece esige l'art. 182-*quinquies* per le autorizzazioni ai finanziamenti e ai pagamenti di crediti anteriori per prestazioni essenziali: non solo, data l'urgenza, mancherebbe verosimilmente il tempo per ottenere tali attestazioni, ma – di norma – nemmeno sarebbe necessaria un'attestazione su un requisito (l'urgenza) che il ricorrente può comprovare semplicemente con documentazione contrattuale o contabile, a prescindere da piani o proposte definitive, che di quell'urgenza non (necessariamente) potrebbero aver tenuto conto.

In ultima analisi, l'autorizzazione in oggetto è coerente, o quanto meno non incompatibile, con quell'assetto di ontologica precarietà che caratterizza una domanda di concordato "in bianco", giacché le ragioni di urgenza equivalgono ad uno "stato di necessità" quasi sempre imprevedibile, che è allotrio, per definizione, rispetto alle preventive progettazioni contenute in piani o proposte.

Naturalmente il Tribunale è chiamato a valutare con tutta la prudenza e il rigore del caso se autorizzare o meno gli atti urgenti di straordinaria amministrazione, avvalendosi del potere, espressamente riconosciuto dalla norma, di assumere sommarie informazioni, tanto più alla luce del fatto che, si ripete, nessuno ancora conosce i contenuti che potranno assumere successivamente proposta e piano concordatari (se ed in quanto siano poi effettivamente presentati).

Ma si tratta comunque di un potere di fatto esercitabile nella sua pienezza, e senza particolari aggiuntive preclusioni né di carattere logico, né di fonte normativa. Anche nel caso in cui, infatti, alla domanda di pre-concordato non faccia seguito la presentazione della proposta definitiva (con ciò che deve farle da corredo), o faccia seguito una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione, il compimento dell'atto

RELAZIONI A CONVEGNI

IL CONCORDATO SENZA PIANO

urgente che sia già intervenuto nelle more non potrà considerarsi *ex se* ingiustificato o incompatibile con tale evoluzione processuale, l'urgenza comunque valendo - per quanto già detto - come autonoma causa giustificatrice dell'atto.

3.3. Già più problematico è invece, in progressione, il rapporto tra pre-concordato e potere del Tribunale di autorizzare lo scioglimento dei contratti pendenti ex art. 169-*bis*.

Secondo tale norma il ricorrente può chiedere l'autorizzazione a sciogliersi dai contratti pendenti o a sospenderli già subito dopo la presentazione del "ricorso".

Verosimilmente, però, il legislatore ha disegnato questa norma in un momento o in un contesto nei quali non aveva ancora ben chiaro che essa avrebbe potuto essere applicata, in forza del riferimento generico al "ricorso", anche al pre-concordato.

Tale ipotesi trova conforto in una duplice considerazione.

Da un lato, infatti, il raffronto con le altre norme sopra ricordate rende evidente che quando il legislatore ha consapevolmente inteso chiarire che il debitore può svolgere istanze autorizzative anche in corso di pre-concordato, ha fatto specifico ed espresso riferimento ad ogni singola tipologia di domanda (ad esempio nell'art. 182-*quinquies*, primo comma: "1. 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'articolo 182 bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182 bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, ..."; analoga specificazione si rinviene nel comma quarto). E nell'art. 169-*bis*, invece, tale specificazione appunto non è presente.

Dall'altro, con tale ultima norma non è stata prevista alcuna specifica attestazione dell'esperto sulle ragioni giustificative e sull'utilità dello scioglimento del contratto (e nettamente della sua sospensione), il che si pone in contraddizione con le ipotesi in cui un'attestazione specifica è espressamente prevista (finanziamenti e pagamenti di crediti anteriori per prestazioni essenziali), ancorchè gli atti riferibili a tali ipotesi siano suscettibili di produrre effetti non più rilevanti o più gravi di quelli che conseguono allo scioglimento di un contratto pendente (occorrendo tra l'altro ricordare che nel concordato preventivo la prosecuzione dei contratti è la regola naturale, mentre lo scioglimento una deroga eccezionale, sì che deve sempre valutarsi con somma prudenza l'esito dissolutivo, che ha per di più carattere definitivo, non essendo limitato solo "agli effetti del concorso").

Vero è che nemmeno l'art. 161, settimo comma, come abbiamo visto, prevede la necessità di un'attestazione speciale, ma in tal caso il Tribunale deve autorizzare atti di straordinaria amministrazione "urgenti", laddove il carattere dell'urgenza spiega *ex se*, come si è detto, la non necessità della previa redazione di una relazione attestativa.

RELAZIONI A CONVEGNI

IL CONCORDATO SENZA PIANO

Tuttavia, siccome l'art. 169-*bis* è formulato nel senso che “*Il debitore nel ricorso di cui all'articolo 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 ...*”, deve concludersi per l'inevitabile estensione della norma, quanto meno in astratto, anche al pre-concordato, visto che, appunto, anch'esso si presenta con ricorso.

Questo però non significa che il Tribunale sia concretamente in grado di valutare a ragion veduta se autorizzare o meno lo scioglimento dai contratti pendenti in una fase anteriore alla presentazione di proposta e piano definitivi.

Sarebbe infatti assurdo decidere per un'autorizzazione produttiva di effetti, che potrebbero essere in ipotesi anche gravemente pregiudizievoli per i terzi contraenti, effetti per di più definitivi, “al buio”, o comunque sulla base di piani non impegnativi, tali dovendo considerarsi anche quelli sommari che fossero presentati dal debitore prima di quelli definitivi, *ad usum delphini*, ossia proprio per giustificare la richiesta di scioglimento.

Questo, oltre a confermarci nell'idea che probabilmente il legislatore non intendeva estendere la possibilità di scioglimento ai pre-concordati, induce a ritenere comunque che non sia possibile che si realizzi un effetto così impegnativo come lo scioglimento dai contratti pendenti (che potrebbero essere poi in concreto anche assai numerosi) senza che la strategia complessiva emerga da un piano definitivo, lo scioglimento non potendo che essere una parte o clausola del relativo contenuto programmatico.

Deve tra l'altro osservarsi che se l'art. 169-*bis* non prevede esplicitamente la sua applicazione anche agli accordi di ristrutturazione dei debiti, tuttavia essa potrebbe verificarsi comunque di riflesso le volte in cui fosse autorizzato nel corso di un pre-concordato lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione e nel termine assegnato dal Tribunale il debitore ricorrente presentasse, anziché la proposta definitiva di concordato, una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione ex art. 182-*bis* l.f.all.. In quest'ipotesi lo scioglimento finirebbe per risultare privo di causa, giacché la sua ragion d'essere può considerarsi ricollegabile solo alle finalità del concordato preventivo e non certo a quelle degli accordi di ristrutturazione, cui ripugna, in ragione della loro struttura a base negoziale e della loro tendenziale inidoneità a produrre effetti verso i creditori non aderenti, la possibilità di una caducazione dei rapporti pendenti sulla base di valutazioni o impulsi decisorii unilaterali.

Non solo quindi è doveroso che il Tribunale (prima, o il Giudice Delegato poi) disponga sempre previamente l'integrazione del contraddittorio con le controparti contrattuali prima di decidere su richieste di scioglimento dai contratti, ma, di norma, occorrerà anche che siano stati depositati la proposta e il piano definitivi.

Si potrebbe obiettare che, tuttavia, anche la decisione sulla sorte di un contratto pendente può assumere in alcuni casi carattere di urgenza. È vero, ma ciò non basta per

RELAZIONI A CONVEGNI

IL CONCORDATO SENZA PIANO

giustificare l'autorizzazione allo scioglimento di un contratto pendente anche in corso di pre-concordato, prima che una proposta o un piano definitivi siano stati presentati.

Dinanzi ad una situazione che presenti carattere di urgenza ben potrebbe infatti optarsi per l'alternativa e (per definizione) solo provvisoria soluzione della sospensione del contratto pendente, in attesa che siano presentati proposta e piano definitivi e che sia conseguentemente possibile valutare a ragion veduta l'opportunità ed utilità dello scioglimento e della coerenza di tale esito caducatorio con lo svolgersi del procedimento in senso esclusivamente concordatario (vale a dire accertandosi se il debitore non abbia invece deciso di presentare una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione ex art. 182-*bis* l.fall., rispetto alla quale lo scioglimento sarebbe privo di causa giustificativa).

Sotto tale profilo può anzi ritenersi che abbia anche un significato indicativo sul piano sistematico la considerazione che il termine-base previsto per la sospensione (60 gg.) corrisponde giustappunto al termine-base che il Tribunale può fissare al debitore ricorrente in pre-concordato per la presentazione della documentazione completa.

Una corrispondenza anche in fatto tra questi due termini per evitare che vi sia la scadenza del primo (60 gg. di sospensione) anteriormente alla scadenza del secondo (termine eventualmente maggiore di 60 gg. concesso dal Tribunale per la presentazione del concordato definitivo), con possibile pregiudizio per il debitore o per la massa, si può realizzare eventualmente con lo strumento della proroga (della sospensione).

Naturalmente anche per autorizzare la sospensione dei contratti pendenti occorre l'immediata disponibilità di informazioni adeguate anche sulla probabile evoluzione della procedura concordataria, ma in tal caso potrà trattarsi anche solo di proposte e piani meramente abbozzati e non definitivi, laddove invece, quando si tratta di istanze di scioglimento, è obiettivamente necessaria la già intervenuta presentazione di quelli definitivi.

Altrettanto naturale che in quest'ultima ipotesi il debitore debba nella stessa proposta e nel piano inserire l'importo dell'indennizzo che reputa di dover riconoscere al terzo contraente *sub specie* di credito concorsuale (come dovrà fare analogamente se, dopo proposta e piano, lo stesso debitore chieda l'autorizzazione ad una semplice sospensione), eventualmente con gli opportuni accantonamenti prudenziali e con l'ovvio condizionamento al *placet* del Tribunale sull'istanza autorizzatoria.

Il credito in questione, infatti, quale credito concorsuale, va equiparato agli altri crediti dello stesso tipo, e dunque deve essere inserito – come quelli – necessariamente nel piano, il che risolve in senso negativo la questione, che già si è posta tra i primi commentatori, del se il Tribunale fallimentare o il Giudice Delegato debbano o possano o meno provvedere essi stessi alla liquidazione dell'indennizzo, se del caso contestualmente al rilascio dell'autorizzazione. In realtà essi, a ben vedere, non sono chiamati a liquidare alcunché, perché è il debitore ricorrente il soggetto tenuto a rappresentare il suddetto credito nel piano, in quanto credito trattato come concorsuale,

RELAZIONI A CONVEGNI

IL CONCORDATO SENZA PIANO

nella misura da lui ritenuta più congruente, mentre il Giudice Delegato potrà decidere del *quantum* di tale credito solo ai fini del voto.

Chiaro che se il terzo contraente non sia poi soddisfatto dell'appostazione fatta dal debitore nel piano a titolo di credito concorsuale per indennizzo, o del provvedimento del Giudice Delegato reso ai fini del voto, potrà poi naturalmente adire, nel primo caso, il giudice ordinario competente, o nel secondo contestare la decisione del Giudice Delegato in sede di reclamo o anche in sede di opposizione all'omologa (fatta salva la necessaria prova di resistenza).

Il suddetto credito, peraltro, che ha una sua autonoma natura e una causa indennitaria, proprio per tale carattere non segue il rango del credito principale e va quindi collocato sempre al chiro grafo.

Peraltro, quando l'autorizzazione sia data in corso di pre-concordato, e dunque sia di norma un'autorizzazione alla semplice sospensione del contratto pendente in attesa della definitiva formulazione e presentazione di proposta e piano, la questione della quantificazione dell'indennizzo per la sospensione e dell'inserimento di tale credito concorsuale nel piano ancora non si pone, ma si porrà solo se, e nel momento in cui, esso sarà presentato.

3.4. Ancor più problematica è la decisione che il Tribunale è chiamato ad assumere quando il debitore chieda di essere autorizzato a contrarre finanziamenti interinali.

Tale richiesta può essere formulata per qualunque tipo di concordato, sia di natura liquidatoria che con continuità aziendale, giacché l'art. 182-*quinquies* non limita tale possibilità solo a quest'ultimo.

Tale norma dunque statuisce, con riguardo ad ogni tipo di domanda presentata dal debitore (domanda di pre-concordato o di ammissione al concordato; domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione o proposta di accordo), la possibilità di chiedere al tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili se un professionista designato dal debitore e in possesso dei requisiti di cui all'articolo 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.

La norma disciplina dunque i soli finanziamenti interinali, ossia quelli "erogati" (o meglio erogandi) dopo la presentazione del ricorso, ma prima dell'omologa.

Come tali, essi sono sempre soggetti ad autonoma e preventiva autorizzazione del Tribunale, autorizzazione che determina sia la "legittimità" dei finanziamenti (se non autorizzati non possono essere effettuati²), sia un conseguente regime di favore

² La legge, tuttavia, nemmeno in questo caso stabilisce le conseguenze che derivano dal compimento di atti non autorizzati nel corso del pre-concordato. Si va facendo strada l'idea che possa interpretarsi in via estensiva o analogica l'art. 173 l.fall. facendosi retroagire la possibilità

RELAZIONI A CONVEGNI

IL CONCORDATO SENZA PIANO

(sono prededucibili, non soggetti a inefficacia *ex art. 167* o a revoca *ex art. 67*, e non sono punibili *sub specie* di bancarotta come previsto dall'*art. 217-bis*).

È però richiesta un'attestazione speciale dell'esperto, il quale, verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, deve certificare che i finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

Tale attestazione è aggiuntiva rispetto a quella generale che riguarda la fattibilità del concordato preventivo quando quest'ultima deve essere presentata a sua volta, il che si verifica nei casi in cui il debitore presenti direttamente la domanda di ammissione al concordato preventivo o la domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione (caso in cui la relazione attestativa sulla fattibilità dev'essere completa ed analitica); o quando presenti una proposta di accordo *ex art. 182-bis*, sesto comma (laddove invece è comunque richiesta una attestazione, seppure solo sommaria).

L'attestazione è sempre aggiuntiva, ma conserva però un carattere del tutto autonomo, nel caso in cui il debitore chieda di essere autorizzato a contrarre finanziamenti proponendo un pre-concordato. In quest'ipotesi, infatti, l'attestazione speciale è richiesta senza che al tempo stesso debba essere presentata la relazione attestativa sulla fattibilità, visto che ancora manca un piano che possa essere attestato.

Superfluo osservare che la cognizione del Tribunale ha di conseguenza la massima ampiezza quando sia presentata direttamente la domanda di ammissione al concordato preventivo o la domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione, poiché allora è richiesta sia una relazione attestativa sulla fattibilità completa ed analitica, sia l'attestazione speciale con cui, verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, l'esperto attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori. In ogni caso il Tribunale può assumere sommarie informazioni.

di revoca dell'ammissione al concordato, prevista da tale norma, anche alla fase ante-ammissione. Credo peraltro che una soluzione di pari efficacia sul piano pratico, come già detto, possa essere quella basata sulla generale applicazione dei principi in tema di abuso del diritto. Infatti il debitore che compia atti non autorizzati abusa certamente dello strumento processuale in esame, e non è dunque incongruo reputare che tale abuso possa essere sanzionato in modo analogo al caso in cui una proposta di concordato definitiva non venga presentata, ossia applicandosi la sanzione dell'inammissibilità. Per i finanziamenti erogati senza autorizzazione può farsi una considerazione analoga (anche se in una situazione non perfettamente sovrapponibile) a quella già fatta per gli atti di straordinaria amministrazione non autorizzati: non si perde solo il beneficio della prededucazione, ma anche quello della esenzione da revocatoria e dalla sanzione penale per bancarotta (espressamente prevista, quest'ultima, solo per gli atti contemplati dall'*art. 182-quinquies* e non per quelli previsti dall'*art. 161*, settimo comma), e quindi si può ipotizzare una situazione di illegittimità-illiceità *ex se* sussumibile anche *sub specie* di inammissibilità sopravvenuta.

RELAZIONI A CONVEGNI

IL CONCORDATO SENZA PIANO

Il Tribunale fruisce invece di una cognizione di ampiezza *semi-plena* quando sia presentata una semplice proposta di accordo ex art. 182-*bis*, sesto comma, essendo allora richiesta una solo sommaria relazione attestativa sulla fattibilità, che a sua volta andrà accompagnata anche dalla suddetta attestazione speciale relativa ai finanziamenti. Resta fermo, naturalmente, il potere di assumere sommarie informazioni. In questo caso, vale la pena di aggiungere, non è configurabile un nesso di incompatibilità futura, simile a quello già considerato nel caso dello scioglimento dei contratti pendenti, qualora nel termine assegnato dal Tribunale il ricorrente non depositi gli accordi di ristrutturazione definitivi, ma una proposta di concordato preventivo come consente, in via reciproca, l'art. 182-*bis*, ultimo comma. Infatti i finanziamenti interinali possono considerarsi, e sono anzi espressamente considerati dall'art. 182-*quinquies*, compatibili sia con il concordato (o pre-concordato) che con gli accordi di ristrutturazione (oltre che con i pre-accordi).

La cognizione è infine di ampiezza minima quando venga proposta una domanda di pre-concordato, poiché in questo caso manca per definizione una relazione attestativa sulla fattibilità e il Tribunale potrà quindi disporre solo dell'attestazione speciale sulla funzionalità dei finanziamenti, fermo ancora una volta il potere di assumere sommarie informazioni.

In quest'ultimo caso il Tribunale dovrà allora giocoforza assumere un atteggiamento estremamente prudenziale.

D'altra parte, è anche assai difficile, in concreto, che un esperto possa seriamente verificare il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, e attestare inoltre che i finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori (attestazione di per sé assai difficile anche in presenza di concordati definitivi), se non dispone di un piano che sia non solo definitivo e impegnativo, ma anche analitico. Del resto proprio e solo un piano siffatto consente di verificare il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, e nessun altro documento equipollente.

Qualora dunque l'esperto si spinga imprudentemente a redigere attestazioni di questo tipo in mancanza di piani, correrà il serio rischio di incorrere nel reato di cui all'art. 236-*bis* 1.fall. (*Falso in attestazioni e relazioni*), se e per la parte in cui certifichi la verità di dati informativi che poi siano contraddetti alla scadenza del termine, non potendo contare sulla certezza che poi il debitore presenterà un piano e una proposta identici a quelli che abbia prima sottoposto all'esperto in una fase ancora germinale.

È pertanto logico attendersi che i Tribunali assai difficilmente autorizzeranno tali finanziamenti nei pre-concordati; le relative istanze potranno essere esaminate con un accettabile grado di concretezza solo quando sia stata sciolta la riserva di successiva produzione di proposte e piani corredati dall'analitica relazione attestativa sulla fattibilità.

RELAZIONI A CONVEGNI

IL CONCORDATO SENZA PIANO

Vero è che l'art. 182-*quinquies*, secondo comma, prevede che l'autorizzazione possa riguardare anche finanziamenti non ancora oggetto di trattative, ma è da ritenere che ciò non sposti sensibilmente i termini del problema. Infatti si esige che comunque i finanziamenti debbano essere individuati per tipologia ed entità e ciò implica che, sia pure con tale più ridotta indicazione, debbano sempre e comunque essere già contemplati nei piani, non potendo negarsi che essi siano necessariamente parte del relativo contenuto. Il fatto che si preveda che le trattative non necessariamente debbano essere già iniziate o completate non incide su tale evidenza, poiché si tratta di condizione che, a sua volta, non impedisce la formazione del piano con la previsione dei finanziamenti in oggetto.

La mancanza di un piano osta dunque ad una valutazione completa e seria degli effetti dei finanziamenti, e ciò induce a ritenere, appunto, che solo quando e se la proposta e il piano definitivi siano presentati con il corredo dell'analitica relazione attestativa sulla fattibilità, il Tribunale possa pronunciarsi a ragion veduta sull'istanza di autorizzazione.

Parzialmente diverso è il caso, come si è detto, in cui venga presentata una proposta di accordo ex art. 182-*bis*, sesto comma, l.fall., poiché allora si dispone anche di un piano quanto meno sommario e di una sommaria relazione attestativa sulla fattibilità, sì che, da un lato, anche i finanziamenti dovranno essere contemplati nella prima e, dall'altro, l'attestatore dovrà esprimersi anche sulla funzionalità dei finanziamenti stessi nella relazione attestativa sulla fattibilità, oltre che nell'attestazione speciale (quale dichiarazione concettualmente autonoma).

La norma esige che l'esperto verifichi il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, ma non oltre. Pertanto non occorre che sia attestata la funzionalità fino a tutto l'orizzonte temporale post-omologa, ma occorre comunque che almeno vi sia contezza dell'utilità-funzionalità fino all'omologa, data la natura interinale di tali finanziamenti.

Diverso ancora è il caso in cui sia invece presentata direttamente la domanda di ammissione al concordato preventivo o la domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione, poiché se è vero che la norma non distingue, e quindi anche in tal caso si limita a richiedere che l'esperto verifichi il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, è altrettanto innegabile che il piano è in tal caso ormai definitivo e non avrebbe senso limitare l'indagine sugli effetti dei finanziamenti alla sola data dell'omologa senza estenderla anche fino all'orizzonte temporale di riferimento del piano nella misura in cui l'orizzonte temporale abbia una sua rilevanza ed attendibile concretezza e se, ed in quanto, i finanziamenti abbiano comunque attitudine ad incidere anche sulla fase esecutiva (post-omologa).

3.5. Se i casi di autorizzazione speciale finora considerati presentano un elevato grado di problematicità, il picco si raggiunge quando l'autorizzazione abbia ad oggetto, nei (soli) concordati preventivi con continuità aziendale, i pagamenti di crediti anteriori

RELAZIONI A CONVEGNI

IL CONCORDATO SENZA PIANO

per prestazioni essenziali a norma dell' art. 182-*quinquies*, quarto comma (disposizione che, ai sensi del quinto comma, trova applicazione anche quando sia presentata una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione con continuità aziendale ex art. 182-*bis* l.fall.).

Tale norma statuisce che “*Il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 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'articolo 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*”.

Il quarto comma dell' art. 182-*quinquies* è dunque esplicito (come del resto lo è il primo comma) nell'estendere la possibilità di autorizzazione anche al pre-concordato, ma tale estensione si rivela sostanzialmente inapplicabile per l'operare di una invalicabile aporia normativa.

Infatti, in tanto la disciplina autorizzatoria in parola potrebbe trovare applicazione, in quanto fosse configurabile un concordato con continuità aziendale anche *sub specie* di pre-concordato, ma ciò è del tutto impossibile alla stregua di quanto disposto dall'altra norma-presupposto, l'art. 186-*bis*, primo comma, che definisce in generale la fattispecie del concordato con continuità aziendale.

In forza di tale norma, infatti, si ha concordato con continuità aziendale solo in presenza di tre specifiche condizioni, ossia quando:

I) il piano di concordato preveda 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;

II) il piano contenga anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;

III) la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, attesti che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

Non esiste dunque un concordato che possa definirsi con continuità aziendale in mancanza di una o più di tali condizioni, le quali però mancano tutte in caso di pre-concordato, poiché quest'ultimo, come tale, presuppone *in re ipsa* che non venga subito depositato un piano, e quindi a maggior ragione non è possibile che sussista la previsione, formalizzata nel piano, della prosecuzione dell'attività d'impresa, né un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi inserita in detto piano, né, infine, un'attestazione basata proprio sul piano, che certifichi che la prosecuzione dell'attività d'impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

RELAZIONI A CONVEGNI

IL CONCORDATO SENZA PIANO

Qualunque idea si abbia, di conseguenza, sulla natura e sulle finalità dell'art. 186-*bis*, primo comma, l.fall., da intendersi vuoi quale norma meramente definitoria di fattispecie, vuoi quale norma prescrittiva, non può dubitarsi comunque del fatto che, prima del deposito di un piano definitivo (che abbia per di più le già dette caratteristiche formali e sostanziali), non sia minimamente configurabile un concordato con continuità aziendale.

Ciò evidentemente non significa che un imprenditore che proponga un pre-concordato non possa continuare in via di fatto l'attività d'impresa dopo aver depositato il relativo ricorso.

Potrà infatti certamente proseguire la sua attività, provvisoriamente o nella prospettiva della successiva presentazione di un concordato con continuità aziendale, e fruire se del caso, e in ogni caso, dell'effetto di sospensione delle norme in tema di ricapitalizzazione societaria ex art. 182-*sexies*; potrà poi anche compiere *motu proprio* gli atti di ordinaria amministrazione, oltre che quelli di straordinaria amministrazione se urgenti e se autorizzati dal Tribunale, e allo stesso modo potrà ottenere eventuali finanziamenti interinali prededucibili in presenza di una previa autorizzazione del medesimo organo.

È invece escluso che questa prosecuzione provvisoria abbia rilievo, in corso di pre-concordato, al fine di rendere già configurabile e riconoscibile in atto la fattispecie "concordato con continuità aziendale", la quale esiste solo quando, e a partire da quando, il ricorrente deposita una proposta e un piano definitivi con i requisiti e con il corredo documentale e attestativo di cui s'è già detto.

Di conseguenza, anche se l'imprenditore ricorrente in pre-concordato di fatto prosegue la sua attività d'impresa nel corso dell'intervallo temporale compreso nel termine assegnato dal Tribunale, non potrà pretendere che il Tribunale autorizzi il pagamento di crediti anteriori per prestazioni essenziali, non essendo di già configurabile quel presupposto (concordato con continuità aziendale) cui si ricollega la possibilità di autorizzare tale pagamento, e non avendo rilievo una qualunque mera indicazione ideativa o una qualunque progettualità programmatica coltivata ed attualmente esternata dal debitore a cui egli pretenda di attribuire il contenuto del piano che dovrebbe depositare solo successivamente.

La descritta aporia normativa tra l'art. 182-*quinquies*, da una parte, e gli artt. 161, sesto comma, e 186-*bis*, dall'altra, è dunque incompabile, rendendo di fatto inapplicabile la prima norma *in parte de qua*.

Più semplicemente, i pagamenti di crediti anteriori potranno essere autorizzati solo dopo la presentazione di proposte e piani definitivi che consentano di configurare un concordato con continuità aziendale, e nel ricorso delle condizioni di legge strettamente intese.

In tal caso, peraltro, l'autorizzazione potrà riguardare solo il tempo (il pagamento viene anticipato temporalmente rispetto ai riparti), ma non l'importo.

RELAZIONI A CONVEGNI

IL CONCORDATO SENZA PIANO

Quest'ultimo va invece indicato dal debitore nel suo piano, trattandosi di crediti concorsuali, e quindi non necessariamente sarà integrale.

Lo sarà se come tale sia previsto dalla legge (privilegiati capienti) o dal piano/proposta, nel qual caso si tratterà di fatto della previsione di una classe di prededucibili, esclusi conseguentemente dal voto.

Qualora si preveda un pagamento uguale agli altri chirografi, invece, non potrà considerarsi formata una classe nemmeno ai fini del trattamento e nemmeno di fatto. Resterà quindi esercitabile per intero il diritto di voto.

Ove il pagamento sia invece non integrale, ma comunque migliore di quello riservato agli altri creditori chirografari, il voto si eserciterà comunque (si tratterà di fatto e per implicito di una classe sia ai fini del trattamento che del voto, con conseguente potere di controllo del Tribunale sulla corretta formazione delle classi).

In tutti questi casi, dunque, mentre il Tribunale può autorizzare il pagamento anticipato (dei crediti anteriori per prestazioni essenziali), è il piano/proposta che prevede l'entità della soddisfazione riservata al creditore beneficiario, e il Tribunale deve come al solito valutare solo se non vi sia stato errore o abuso nella formazione delle classi.

Ne consegue in ogni caso, come detto, che per valutare che tipo di pagamento può essere effettuato, occorre sempre l'immediata produzione del piano/proposta definitivi con eventuale suddivisione in classi, anche perché il pagamento anticipato di crediti anteriori va autorizzato con le modalità quantitative che riguardano i crediti di pari rango o classe secondo le previsioni del piano.

3.6. Può darsi anche il caso che, ove l'impresa manchi già da subito di una sufficiente liquidità, l'autorizzazione a contrarre gli stessi finanziamenti interinali venga da essa richiesta per poter provvedere poi a pagare crediti anteriori relativi a prestazioni essenziali. In tal caso la giustificazione causale del finanziamento deriva, ai fini autorizzatori, dalla stessa giustificazione causale che sta alla base del pagamento dei crediti relativi a prestazioni essenziali.

Fatte salve le indicazioni limitative di cui sopra circa i criteri e le condizioni prudenziali con cui il Tribunale valuta le istanze di autorizzazione secondo la casistica relativa a ciascuna domanda di pre-concordato o concordato, di inibitoria sulla base di pre-accordi o di omologa di accordi, deve osservarsi anzitutto che anche la particolare fattispecie di finanziamento in esame finirà per poter riguardare solo i casi di continuità aziendale, poiché solo allora è possibile chiedere l'autorizzazione finalizzata ad effettuare tali pagamenti anteriori.

Ebbene, se i finanziamenti servono per pagare crediti anteriori, l'effetto finale è che un creditore si surrognerà poi con l'altro, ossia il finanziatore si surrognerà nella posizione del creditore anteriore. L'importante è però che il creditore anteriore da pagare sia, secondo il piano, titolare del medesimo diritto al trattamento di cui può

RELAZIONI A CONVEGNI

IL CONCORDATO SENZA PIANO

godere il finanziatore, per evitare che vi sia una indebita duplicazione di benefici lesivi della *par condicio*.

Così, ad esempio, posta la integrale prededucibilità del finanziamento richiesto per poter pagare un credito anteriore, occorrerà, in caso di finanziamento che acceda ad accordi di ristrutturazione dei debiti, che il creditore anteriore sia un creditore estraneo, avendo in tal caso il diritto ad ottenere un pagamento del 100%, ovvero un creditore che, secondo una testuale previsione degli accordi, abbia diritto ad un analogo trattamento; nel concordato preventivo, che egli sia un privilegiato da pagare al 100% o un chirografario inserito in una classe avente diritto a tale analogo trattamento.

Ciò rende utile l'avvertenza che se, invece, il creditore anteriore da soddisfare avesse titolo ad essere pagato, secondo il piano, in una percentuale minore del 100%, il finanziamento potrebbe essere autorizzato solo nella misura in cui vada a coprire tale percentuale, per la quale andrà a godere poi della prededucibilità, ma non per un importo maggiore: non si potrà cioè chiedere di essere autorizzati a contrarre un finanziamento prededucibile per Euro 1.000 onde poter pagare un credito anteriore relativo a prestazioni essenziali di cui il piano preveda una soddisfazione in misura pari ad Euro 800. In tal caso, infatti, vi sarebbe una contraddizione tra la giustificazione causale del finanziamento (e della prededucibilità ad esso attribuibile) e il trattamento riservato al credito da soddisfare con il finanziamento stesso, di talché se l'autorizzazione fosse data, il finanziatore godrebbe della prededucibilità anche per il differenziale di 200, benchè tale importo non sia destinato a pagare crediti per prestazioni essenziali.

3.7. L'ultimo profilo da considerare è quello relativo all'applicabilità, in caso di pre-concordato, dei benefici speciali di cui commi terzo, quarto e quinto dell'art. 186-bis, che tale norma circoscrive ancora una volta ai soli concordati preventivi con continuità aziendale (non risolubilità dei contratti in corso di esecuzione se non per volontà del debitore e su autorizzazione del Tribunale, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni; inefficacia di eventuali patti contrari; possibilità di continuazione di contratti pubblici e di partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici anche in raggruppamento temporaneo di imprese).

Come già detto sopra, la fattispecie concordato con continuità aziendale non è legalmente configurabile in caso di pre-concordato, e pertanto i predetti benefici non potranno essere subito applicati.

Occorrerà allora, nelle ipotesi in cui un'impresa abbia interesse a proseguire contratti pubblici o comunque contratti con la pubblica amministrazione (o a partecipare *ex novo* – specie se vi siano ragioni di urgenza - a procedure di assegnazione di contratti pubblici), non presentare una domanda di pre-concordato, ma semmai già da subito una proposta ed un piano definitivi, che siano tali da rendere immediatamente riconoscibile un concordato con continuità aziendale.

RELAZIONI A CONVEGNI

IL CONCORDATO SENZA PIANO

Prima di tale momento, infatti, il Tribunale non potrebbe considerare sussistente nemmeno virtualmente tale tipologia di concordato, e lo stesso esperto non potrebbe, ai fini della continuazione dei contratti pubblici, attestarne la conformità al piano, visto che mancherebbe del tutto quest'ultimo.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE *EX ART. 182-BIS L. FALL.:* NATURA, PROFILI FUNZIONALI E LIMITI DELL'OPPOSIZIONE DEGLI ESTRANEI E DEI TERZI

La relazione analizza gli accordi di ristrutturazione, anche nei gruppi di società.

di **BRUNO INZITARI**

1. L'accordo di ristrutturazione quale accordo contrattuale.

Il legislatore, nell'inserire la del tutto nuova disciplina degli accordi stragiudiziali tra debitore e creditori, piuttosto che prevedere un nuovo titolo o capo nel corpo della legge fallimentare, ha ritenuto di fare riferimento al titolo dedicato al concordato preventivo, modificando la stessa rubrica del titolo III, che è divenuta *Del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, e poi trattare l'intera disciplina degli accordi nel capo V, alla cui originaria rubrica *Dell'omologazione e dell'esecuzione del concordato preventivo*, è stata aggiunta la rubrica *Degli accordi di ristrutturazione dei debiti*. La specifica disciplina degli accordi è stata poi nella sostanza "annegata", dapprima nel 2005 con un solo articolo, art. 182 *bis* e poi da ultimo nel 2010 con un secondo articolo 182-*quater*, tra le norme dell'omologazione.

Questo inserimento - che risulta comunque tutt'altro che armonico e ordinato sul piano della tecnica legislativa - non è certo di per se né idoneo, né sufficiente per consentire all'interprete di ascrivere gli accordi ristrutturazione tra le procedure concorsuali.

L'accordo di ristrutturazione, infatti, non può essere ricondotto alle procedure concorsuali per evidenti diversi motivi che qui di seguito veniamo ad indicare: 1) non è previsto un procedimento, né un provvedimento di apertura; 2) non vi è la nomina di organi quali un commissario, un amministratore giudiziale, un giudice delegato, un comitato dei creditori; 3) non è prevista, né può verificarsi una regolazione concorsuale del dissesto, non tutti i creditori sono coinvolti nell'accordo e qualunque regolazione venga scelta ed attuata con l'accordo essa non coinvolge tutti i creditori, né ha una efficacia *erga omnes*; 4) i creditori non sono organizzati come collettività dei creditori ma come somma di tante teste; 5) il debitore resta dominus dell'impresa, non solo perché continua nei suoi pieni poteri di gestione e direzione, ma anche perché non si

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

verifica alcuna forma di spossessamento, neppure attenuato, in quanto i suoi atti non subiscono alcun vincolo né alcun controllo¹. L'accordo di ristrutturazione dei debiti è infatti un vero e proprio accordo contrattuale che il debitore, una volta che ha raggiunto il consenso contrattuale ed ha raccolto l'accettazione, sotto forma di adesione con le controparti creditrici, stipula appunto con i creditori.

L'impostazione, la costruzione e l'itinerario negoziale seguito per il raggiungimento dell'accordo non sono dunque in nessun modo connesse alla presenza di un terzo, quale un commissario o un curatore investito di qualsiasi funzione al riguardo. Anche i tempi ed i passaggi della costruzione e della ricerca dell'accordo sono affidati totalmente alle scelte di autonomia privata dei paciscenti, in quanto non è prevista, né è pensabile alcun provvedimento di apertura che si riferisca ad un procedimento.

Del tutto assenti sono poi le finalità di regolazione del dissesto secondo regole concorsuali che, al contrario, caratterizzano tutti i procedimenti un tempo definiti procedure concorsuali minori.

Basta pensare che l'accordo tra i creditori non coinvolge, né è finalizzato a coinvolgere, tutti i creditori e che soprattutto gli effetti dell'accordo sono limitati ai sottoscrittori dell'accordo stesso, in quanto, come per tutti i contratti, gli effetti vincolano solo le parti contraenti, secondo il generale principio dell'art. 1372 c.c., e non certo coloro che all'accordo sono estranei e per i quali, infatti, l'art. 182 *bis* stabilisce che debbono conseguire il pagamento integrale.

L'accordo di ristrutturazione non svolge alcun effetto sulla autonomia negoziale e patrimoniale del debitore, che non subisce infatti alcuna forma di spossessamento o di limitazione di poteri, né subisce i limiti di poteri di controllo ed autorizzativi esercitati dal tribunale fallimentare.

Si rileva infine che, in considerazione della piena autonomia e libertà del debitore a scegliere sia i creditori con cui accordarsi, sia il contenuto dell'accordo, risulta del tutto assente quell'elemento di *universalità* che contraddistingue qualsiasi procedura concorsuale, che in modo diretto o indiretto investe l'intera comunità dei creditori.

¹ In questo senso cfr. FABIANI, *L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, 902; NARDECCHIA, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2011 p. 708

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

La conseguenza di una così accentuata impostazione negoziale dell'accordo di ristrutturazione dei debiti comporta, come conseguenza, la piena vulnerabilità del patrimonio del debitore in tutta la fase anteriore alla presentazione dell'accordo ed al deposito presso il registro delle imprese e il tribunale.

Durante la fase delle trattative i creditori possono acquisire, anche in via giudiziale, prelazioni sul patrimonio del debitore, intraprendere azioni cautelari, come pure azioni esecutive attraverso le quali possono in taluni casi conseguire sostanzialmente l'immediata soddisfazione del credito, come avviene, ad esempio con il pignoramento presso terzi, attuato sulle liquidità bancarie, che fossero giacenti sul conto del debitore.²

2. La ristrutturazione dei debiti.

In ordine al contenuto dell'accordo il legislatore ha ritenuto di non fornire alcuna specifica indicazione, limitandosi piuttosto alla stessa generale indicazione definitiva enunciata nella rubrica dell'articolo e testualmente ripresa nel testo della norma, consistente, appunto, nella espressione *accordi di ristrutturazione dei debiti*.

Le altre indicazioni fornite dal legislatore si riferiscono ad aspetti funzionali, quali l'attuabilità dell'accordo e la idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

L'espressione *ristrutturazione dei debiti* è dunque l'elemento sul quale si impernano tali accordi. Non si tratta, come è noto, di una terminologia che fa parte della tradizione giuridica in senso stretto, ma piuttosto di una modalità espressiva sorta probabilmente nel linguaggio degli ingegneri o degli architetti, con riferimento alle

² La tesi della efficacia *erga omnes* degli accordi di ristrutturazione è stata avanzata da Sicchiero in *Contratto e Impresa*, 2011 p.9 e seg. con argomentazioni che, piuttosto che fare riferimento al tessuto tecnico normativo della legge fallimentare ed ai noti precedenti di diritto comparato statunitense, sembrano voler riprendere le eccellenti elaborazioni di Franco Galgano in tema di principio di maggioranza, tra le quali ricordo particolarmente la recente *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, 2007. Ritengo, al contrario di quanto affermato da Sicchiero, che l'accordo di ristrutturazione dell'art. 182 *bis*, come del resto la pratica dell'accordo stragiudiziale con una parte dei creditori, si ponga perfettamente all'opposto sia del generale principio di maggioranza, inteso come strumento attraverso il quale la volontà della maggioranza si impone e vale per la minoranza, sia dell'istituto di diritto fallimentare che del principio di maggioranza fa la più estesa applicazione, vale a dire del concordato preventivo e fallimentare. Nell'accordo di ristrutturazione *ex art. 182 bis*, infatti, il contratto obbliga solo i creditori che lo hanno accettato e concluso e non gli estranei, come pure il riferimento contenuto al primo comma dell'art. 182 *bis* con la dimostrazione che i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti abbiano accettato l'accordo non costituisce in alcun modo un'applicazione del principio di maggioranza (che obbliga la minoranza), ma costituisce unicamente un principio pratico di identificazione di una soglia di rilevanza per la omologabilità dell'accordo.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

opere di restauro o di ripristino degli edifici e poi utilizzata metaforicamente in sede aziendalistica e finanziaria con l'intento di designare quell'insieme di operazioni volte a dare una nuova organizzazione gestionale o finanziaria ad aziende o a comparti industriali.

L'utilizzazione è quindi continuata in sede giuridica (anche per la propensione degli stessi giuristi, particolarmente nel settore fallimentare, alla utilizzazione di espressioni metaforiche), con l'intento di designare una attività negoziale volta a determinare modalità di pagamento dei debiti diverse da quelle originariamente pattuite e, a questo fine, modalità di rinvenimento delle risorse e di distribuzione di esse tra i creditori.

La ristrutturazione indica, pertanto, nel nostro caso una attività di complessiva riorganizzazione dei rapporti obbligatori e contrattuali dell'impresa, non riducibile a singoli rapporti, ma relativa all'intero coacervo di rapporti in corso.

La ristrutturazione dei debiti va oltre, quindi, alle misure volte a concordare con questo o quel creditore una dilazione o anche riduzione del debito, ma investe l'intera esposizione debitoria dell'imprenditore attraverso pattuizioni che possono avere il contenuto più diverso, purché, nel suo complesso, l'accordo sia idoneo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo.

Ne consegue che il contenuto e l'articolazione delle prestazioni dell'accordo di ristrutturazione possono considerarsi del tutto atipici ed interamente lasciati all'autonomia negoziale dei contraenti l'accordo stesso, con l'unico limite fissato dall'art. 1322 c.c. secondo comma, della meritevolezza della causa.

3. Negozialità dai contenuti aperti con operazioni esecutive prevalentemente di durata.

La previsione legale contenuta all'articolo 182 *bis*, l. fall., della possibilità che il debitore concluda con i creditori un tale accordo, se infatti comporta un rilevantissimo riconoscimento di siffatte tipologie di accordi, la cui ammissibilità, come è noto, potrebbe essere contestata sotto vari profili, nello stesso tempo non contiene alcuna indicazione e men che meno alcuna previsione del contenuto, delle tipologie e della articolazione causale, delle prestazioni che debbono o possono trovare spazio in tali accordi.

La fattispecie si presenta pertanto del tutto aperta, al punto che, a riprova del fatto che ci si trova di fronte ad una fattispecie tutt'altro che tipicamente determinata, nella rubrica dell'articolo in parola il riferimento *agli accordi* di ristrutturazione è effettuato al plurale e nel testo si parla di omologazione di un accordo di ristrutturazione, in quanto diversi nel contenuto e nell'articolazione possono essere tali accordi, quali strumenti appunto che, a seconda delle diverse scelte di volta in volta operate, possono essere idonei a regolare e risolvere lo stato di crisi.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

Gli accordi di ristrutturazione indicano pertanto una serie aperta di negozialità, che potrà assumere i contenuti e le articolazioni più diverse a seconda delle specifiche esigenze tanto dei debitori, quanto dei creditori che sono chiamati, al pari del debitore, all'attività di ristrutturazione del debito.

Gli accordi sono infatti riconosciuti ed ammissibili, non perché realizzano un contenuto predeterminato, ma perché risulta (dalla relazione del professionista), che sulla base della attuazione dell'accordo stesso, tutti i creditori potranno essere regolarmente pagati dal debitore dei loro crediti.

Questo risultato potrà verificarsi attraverso ad es. la rinuncia parziale degli aderenti ad una parte del credito, attraverso quindi una rimessione parziale del credito o una mera dilazione parziale (che potrebbe essere ad esempio accompagnata dal rilascio da parte del debitore di garanzie, la cui costituzione altrimenti potrebbe essere poi sottoposta a revocatoria), da parte dei creditori aderenti, in un disegno che consenta in ogni caso il pagamento integrale e regolare dei creditori estranei.

L'effetto della ristrutturazione e del superamento dello stato di crisi si potrebbe quindi verificare in modo istantaneo, per effetto degli atti abdicativi dei creditori aderenti oppure con la stessa definitività dell'omologa dell'accordo da parte del tribunale se, come prevalentemente accade, l'efficacia dei diversi atti di disposizione dei creditori e del debitore è rinviata e collegata alla omologa dell'accordo. Da quel momento, infatti, il debitore può estinguere con regolarità le obbligazioni verso i creditori estranei e potrà far fronte alle obbligazioni "ristrutturate" verso gli aderenti.

Se pur in astratto è possibile ipotizzare un accordo in cui la rinuncia e le "ristrutturazioni" hanno effetti istantanei con la firma dell'accordo o con il deposito dell'accordo, difficilmente poi sarà possibile rinvenirne nella pratica. La ristrutturazione del debito coinciderebbe, infatti, in questi casi con i cosiddetti *pacta ut minus solvatur*, attraverso i quali il creditore pur di ottenere una soddisfazione almeno parziale della sua pretesa creditoria che, evidentemente appare compromessa dalla situazione di crisi di insolvenza del debitore, consente ad una riduzione del proprio credito, che potrà essere soddisfatto anche attraverso piani di pagamento anche elaborati e articolati nel tempo.

La ragione che può portare alla conclusione di siffatti *pacta*, è quindi certamente analoga a quella che si rinviene negli accordi di ristrutturazione, in quanto in entrambi i casi la scelta di rinuncia o di ristrutturazione del credito nasce dalla considerazione del rischio che se si continuasse a richiedere il pagamento integrale e tempestivo del credito le possibilità di soddisfazione, risulterebbero più incerte rispetto a quelle che il debitore può offrire con una soddisfazione parziale e il più delle volte dilazionata.

Pur muovendosi tali *pacta* nello stesso ambito, va osservato che essi potrebbero presentarsi con una struttura più semplice rispetto agli accordi di ristrutturazione, in quanto questi ultimi tendono a realizzare un concerto tra diversi creditori per liberare nell'interesse di tutti risorse altrimenti non direttamente emergenti e disponibili, mentre i *pacta* possono risultare momenti di negozialità e di regolazione di dilazione di

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

pagamento, che peraltro anche sul piano del rischio della possibile revocatoria non presenta particolari problematiche, limitandosi l'accordo a regolare i tempi di pagamento peraltro parziale del debitore.

La ristrutturazione dei debiti è caratterizzata, infatti, nella maggior parte dei casi, dalla non facile esigenza di liberare sia all'interno della realtà industriale dell'impresa, sia più ampiamente all'interno del coacervo di rapporti contrattuali sui quali si articolano le posizioni di credito e debito del debitore, risorse adeguate per far fronte a vari obiettivi sinteticamente riassumibili in: a) pagamento integrale ed alla scadenza dei creditori estranei, b) pagamento, alle condizioni dell'accordo, dei creditori aderenti, secondo le più diverse modalità di realizzazione, come pure secondo modalità temporali e quantitative variamente articolate, c) eventuale rilancio o continuazione della attività dell'impresa con tutte le possibili modificazioni inerenti il contenuto ed il volume dell'attività, aspetti questi che comportano effetti sui livelli occupazionali, come pure sulle dimensioni della stessa realtà imprenditoriale.

In relazione al pagamento dei creditori estranei deve essere considerato che quella dei creditori estranei è una categoria nella quale non si può distinguere tra creditori preesistenti o successivi all'accordo, non si tratta quindi di una categoria che è assimilabile a quella dei crediti di massa.

Questi ultimi sorgono infatti nella procedura di fallimento e si giustificano per la funzione che svolgono, essendo finalizzati allo svolgimento della procedura.

I creditori estranei all'accordo mantengono il diritto loro riconosciuto dal diritto comune di essere pagati integralmente ed alla scadenza.

Per tali creditori l'accordo *ex art. 182 bis* è un fatto estraneo e la circostanza che il loro credito sia sorto prima o dopo l'accordo non ha alcun rilievo. Hanno il diritto di esigere il pagamento e possono azionare in qualsiasi momento le azioni che il diritto delle obbligazioni e dei contratti riconosce in via generale al creditore: azione di risarcimento del danno per inadempimento, di risoluzione, ecc..

Questo comporta che il debitore, nel proporre l'accordo ai creditori, dovrà necessariamente prevedere di avere a disposizione risorse libere per poter fare fronte in ogni momento alle obbligazioni dei creditori estranei integralmente ed alla scadenza.

Questa necessità incide evidentemente sui creditori aderenti in quanto considerata la limitatezza delle risorse a disposizione del debitore essi dovranno necessariamente consentire che parte, anche assai rilevante, delle disponibilità del debitore siano destinate alla soddisfazione dei creditori estranei.

Gli accordi potranno prevedere la destinazione e la separazione di una specifica somma destinata ai creditori estranei oppure in alternativa, o con previsione mista, l'assunzione dell'obbligo da parte del debitore di destinare prioritariamente ai creditori estranei le risorse che man mano si realizzano ad esempio con la liquidazione dei diversi *assets*.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

In questo caso è ragionevole che nell'accordo e nel piano vengano operate circostanziate previsioni della incidenza del prevedibile volume del fabbisogno dei creditori estranei, in quanto con l'adesione all'accordo, i creditori aderenti possono valutare il livello della loro rinuncia e quindi la convenienza.

Tanto la liberazione dall'interno di risorse, quanto il rinvenimento all'esterno dell'impresa delle risorse, comporta necessariamente l'instaurazione di rapporti contrattuali strumentali alla realizzazione degli obiettivi solutori verso i creditori, tanto non aderenti che aderenti.

Emerge, pertanto, un primo rilevante profilo consistente nella necessità di prevedere una estensione di durata temporale dei tempi di esecuzione dell'accordo. Rinvenire risorse significa innanzitutto liquidare componenti dell'azienda e porre in essere le operazioni di liquidazione all'interno di un accordo che vede la partecipazione nella sostanza della parte più attiva della comunità dei creditori. Inoltre significa trovare la possibile migliore allocazione, dei beni o dei crediti o delle aziende o rami d'azienda. Si tratta, come è noto, di attività che necessariamente debbono accompagnarsi ad operazioni di valutazione attraverso *due diligence* adeguate e che devono poi essere accompagnate da una contrattualistica idonea a recepire ed evidenziare ed eventualmente attribuire e comunque dominare, il rischio di scostamenti di valore delle valutazioni e nei ricavi.

4. L'esclusione della revocatoria delle operazioni di ristrutturazione del debito.

La peculiarità e la novità dell'accordo di ristrutturazione consiste, dunque, nell'esonerare dall'assoggettamento all'azione revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato *ex art. 182 bis*.

Con tale espressione *in esecuzione dell'accordo omologato*, sono ricompresi gli atti di disposizione, i pagamenti e la concessione di garanzie che lo stesso piano prevede e che sono funzionalmente necessari alla ristrutturazione del debito e quindi, quando attuati, possono definirsi in esecuzione dell'accordo omologato.

Sono dunque esclusi dalla revocatoria gli atti costitutivi di garanzie a favore di creditori o di terzi, posti in essere per l'ottenimento di finanziamenti o comunque di facilitazione creditizie, gli atti dispositivi del patrimonio o di parte del patrimonio a favore di terzi o dei creditori. Sono altresì esclusi i pagamenti ed anche gli atti estintivi non effettuati in danaro o con altri mezzi normali di pagamento. Penso alle diverse forme di *datio in solutum*, che possono avere per oggetto parti del patrimonio del debitore consistente, sia in beni mobili o immobili, come pure crediti presenti o futuri nelle diverse forme di cessione del credito in luogo dell'adempimento.

La ristrutturazione del debito globale necessita solitamente di tutti questi atti:

a) si attribuiscono beni, *assets*, crediti presenti o futuri oppure rami d'azienda ad uno o più creditori o a terzi, contro la estinzione totale o parziale del debito e nello

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

stesso tempo si governa l'equilibrio di queste attribuzioni, attraverso clausole che attribuiscono al debitore o agli altri creditori il diritto al pagamento di somme aggiuntive, subordinatamente al raggiungimento di determinati livelli di risultato economico, ad es. *earn out* sugli incassi dei crediti ceduti, qualora essi superino un certo livello concordato oppure, nel caso di vendita a terzi di immobili a terzi oppure dell'azienda o di rami d'azienda o di partecipazioni societarie, l'*earn out* può consistere nel pagamento di una parte del prezzo (ovvero di una somma aggiuntiva al prezzo), subordinatamente al raggiungimento di un determinato risultato economico della società acquisita in un periodo di tempo successivo al perfezionamento della cessione (*closing*);

b) si regolano i rapporti tra i diversi creditori attraverso la attribuzione per via contrattuale, di quella forma negoziale di privilegio consistente nella postergazione, in guisa tale da consentire ad alcuni dei creditori concorrenti di soddisfarsi integralmente con precedenza ed accettando, quindi, l'eventualità di rimanere parzialmente o totalmente insoddisfatti.

Sono queste tutte tecniche volte a consentire al debitore ed ai creditori concorrenti di raccogliere il consenso e l'adesione dei creditori all'accordo.

La ristrutturazione infatti difficilmente investe il solo lato del debitore ma piuttosto entra prepotentemente nei rapporti tra tutti i creditori concorrenti, che sono chiamati ad ordinare, secondo trame negoziali complesse, tanto i loro interessi creditori, quanto, nel caso in cui alcuni di essi subentrino in aziende o rami aziendali, i propri interessi gestionali o di impresa.

5. Ambito di applicazione della esenzione della revocatoria e carattere eccezionale della esenzione stessa.

L'esenzione dalla revocatoria, di cui all'art. 67, terzo comma, lett. e), ha logicamente un ambito di applicazione limitato agli atti del debitore posti in essere in esecuzione dell'accordo e funzionali alla ristrutturazione in esso prevista.

Restano estranei pertanto quei possibili atti, pagamenti, concessioni di garanzie che costituiscano un di più rispetto al contenuto proprio dell'accordo e che non risultino strettamente funzionali all'accordo stesso; si pensi, ad esempio, agli atti con i quali il debitore, dopo avere soddisfatto tutti i creditori aderenti, oppure indipendentemente ed in modo non funzionale alla soddisfazione dei creditori o comunque alla continuità dell'attività di impresa, attribuisce i beni residui dell'azienda o comunque del suo patrimonio a suoi possibili successibili o anche a terzi.

Deve essere infatti considerato che la esenzione della revocatoria stabilita dal citato art. 67, terzo comma, lett. e), costituisce una misura del tutto eccezionale, prevista al solo fine di consentire la ristrutturazione dei debiti e che quindi non è suscettibile di essere estesa al di là degli atti che, pur previsti nell'accordo, non costituiscano atti di esecuzione del piano stesso.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

Deve essere inoltre considerato che il principio di esenzione della revocatoria è riferito ai soli atti (atti, pagamenti, concessione di garanzie) del debitore e non agli atti che, in occasione dell'accordo, i diversi soggetti partecipanti all'accordo pongano in essere, anche se posti in essere funzionalmente al raggiungimento o all'esecuzione dell'accordo stesso.

Mi riferisco ai frequentissimi atti di rinuncia parziale o totale dei crediti o di pretese di qualsiasi genere, alla concessione di dilazioni, alla accettazione di *pacta de minus solvendo*, o di *datio in solutum* di beni e di crediti che, non solo sono suscettibili di essere qualificati quali atti anomali ma che possono risultare in contrasto con un equilibrato criterio di sinallagmaticità.

In altre parole, la partecipazione all'accordo di ristrutturazione del debitore può comportare per i diversi creditori partecipanti il compimento, nelle più diverse forme, di atti abdicativi dei propri diritti o l'accettazione di atti che comportano livelli di onerosità astrattamente contrastanti con i principi dell'equilibrio contrattuale.

6. segue: accordi di ristrutturazione nei gruppi di società.

Altrettanto frequenti risultano, particolarmente negli accordi di ristrutturazione che investono un debitore che fa parte di un gruppo societario, quegli atti con i quali viene assegnato alle società del gruppo un ruolo funzionale più che con il rispettivo scopo sociale, con le finalità della ristrutturazione del debito di tutte o di parte delle società del gruppo.

L'accordo potrebbe prevedere l'assunzione da parte della controllante dell'obbligo di pagare alcune categorie di debiti della controllata o di far fronte alle spese di funzionamento, come pure potrebbe prevedere l'obbligo per la *holding* (di settore o per l'intero gruppo) di riversare alla sua controllante, i flussi pecuniari provenienti dalla vendita o comunque dalla liquidazione delle società operative, a loro volta controllate dalle *holding* di settore.

La posizione di tali società peraltro può variare a seconda che esse partecipino o meno quali aderenti all'accordo di ristrutturazione.

L'interesse a tale partecipazione, come parte dell'accordo, potrebbe essere giustificata dall'interesse di gruppo ed in particolare dall'interesse affinché altre società che del gruppo fanno parte, possano superare o comunque razionalmente regolare lo stato di crisi. Tale partecipazione sarebbe quindi dettata, non dal fine di regolare con gli altri creditori il proprio stato di crisi attuale, bensì lo stato di crisi del gruppo anche se esso si è manifestato solo in una o alcune e comunque non in tutte le società del gruppo.

La adesione all'accordo quindi in questi casi potrebbe avere la finalità di venire in aiuto alla società o alle società del gruppo, che già si trovano in uno stato di crisi al fine di prevenire oppure di evitare che la crisi di questa si comunichi all'intero gruppo e coinvolga anche le società aderenti che non si trovano in una crisi attuale.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

L'accordo di ristrutturazione può pertanto divenire il più immediato ed evidente teatro per l'applicazione del principio dei vantaggi compensativi, consentendo alle società del gruppo che si trovano o meno in stato di crisi di volgere le proprie risorse e più in generale le proprie scelte gestionali e strategiche a vantaggio del gruppo o delle diverse società del gruppo, fornendo quindi giustificazione ad atti e comportamenti che altrimenti potrebbero essere valutati come pregiudizievole ed ingiustificati.

Va osservato che lo stato di crisi dell'intero gruppo o di parte di esso, costituisce comunque tanto da parte dei creditori, che delle società debtrici, un forte elemento catalizzatore per una considerazione, delle diverse società che compongono il gruppo come di una realtà del tutto unitaria, con la conseguenza di considerare le risorse patrimoniali ed operative delle singole società potenzialmente al servizio delle esigenze di risanamento del gruppo, complessivamente considerato come una realtà del tutto unitaria.

7. La causa dell'accordo di ristrutturazione.

In modo più ampio e generale emerge dalle diverse negoziazioni che scandiscono, in modo talora anche molto complesso l'accordo di ristrutturazione, la presenza di una ragione giustificativa degli spostamenti patrimoniali, degli atti di disposizione, dell'assunzione di obbligazioni o di comportamenti gestori che sono il risultato e sono giustificabili solo nel contesto di una vera e propria autonoma causa negoziale, che possiamo definire *causa di ristrutturazione*.

E' con il richiamo infatti ad una tale causa che, i diversi atti dispositivi del patrimonio, che altrimenti difficilmente potrebbero giustificarsi con le consuete categorie della onerosità-corrispettività, gratuità-sinallagnaticità, vengono assorbiti da una valutazione di funzionalità con l'obiettivo della ristrutturazione del debito.

In questo modo anche questi atti, che valutati isolatamente potrebbero essere ritenuti pregiudizievole, acquistano un carattere di convenienza la quale, nella sostanza, consiste nel fatto che l'ordinamento giuridico riconosce e attribuisce carattere di meritevolezza ad atti dei privati, volti a rimuovere o regolare il pregiudizio che può derivare direttamente dalla possibile insolvenza dell'imprenditore in crisi.

Se dunque si riconosce una giustificazione causale adeguata agli atti di disposizione compiuti nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione dai creditori aderenti, l'attività negoziale compiuta dai creditori aderenti merita anch'essa un riconoscimento, dal quale possono derivare effetti idonei a consolidare positivamente la valutazione del comportamento seguito dal creditore aderente.

Il riconoscimento di una giustificazione causale agli atti di disposizione, che i creditori aderenti compiono nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione, può costituire un elemento rilevante per la valutazione e l'apprezzamento del comportamento di questi nel disporre le diverse forme di rinuncia, quali dilazione del termine, la subordinazione, la rinuncia a garanzie tipiche ed atipiche, l'accettazione di *datio in solutum*, *cessio in solutum*, di *pacta de minus solvendo*, di consolidamento del credito in capitale, ecc.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

Il riconoscimento di una causa comporta la possibilità di dare una adeguata giustificazione agli atti compiuti con funzione di ristrutturazione delle pretese creditorie, al fine evidentemente di conseguire il vantaggio di una più conveniente soddisfazione del credito o comunque almeno di un miglior e più efficiente governo della esposizione creditoria.

Queste pretese creditorie possono consistere nella possibilità di ottenere una soddisfazione più ampia, o più rapida, o più efficiente o più controllabile, o oppure nella possibilità di acquisire *assets* o continuare o subentrare in attività ritenute convenienti o comunque più convenienti della pura liquidazione fallimentare.

Anche se gli atti compiuti dai creditori possono dunque trovare per la presenza di una causa giustificatrice una loro definitività, restano comunque aperte le possibilità di una contestazione nei confronti del creditore aderente sotto il profilo del carattere pregiudizievole nei confronti dei creditori nel caso in cui il comportamento del creditore aderente venga ad essere contestato a causa di sopravvenuto fallimento o del configurarsi delle condizioni per l'esercizio della revocatoria ordinaria. Analoga situazione può verificarsi nel caso in cui venga fatta valere la responsabilità per direzione unitaria *ex art. 2497 c.c.*, che potrebbe essere arginata, sempre che ne ricorrano le condizioni, attraverso l'applicazione della giustificazione dell'aver agito entro l'equilibrio fornito dai vantaggi compensativi (ad es. la controllante o comunque la società che esercita direzione unitaria potrebbe andare esente da responsabilità per avere imposto alla propria controllata di rinunciare o di ristrutturare il credito nei confronti del debitore proponente l'accordo, in quanto in questo modo è stato consentito alla capogruppo o ad altre società del gruppo di continuare in attività di fornitura particolarmente significative o essenziali per evitare la crisi di altre società del gruppo).

La causa di ristrutturazione che connota l'accordo di ristrutturazione assume nei creditori aderenti la funzione di riorganizzare dal lato attivo i rapporti obbligatori in essere con il debitore in stato di crisi. Con la riorganizzazione del debito il creditore aderente persegue la finalità di realizzare una maggiore certezza dell'adempimento e, per realizzare tale risultato, dispone del suo credito attraverso vari strumenti dispositivi che possono consistere in dilazione del termine di adempimento, rinuncia a parte del credito o anche a garanzie, postergazioni rispetto ad altri creditori aderenti e non, accettazione di *datio in solutum*, ecc.

Non può escludersi, peraltro, l'assunzione da parte dei creditori aderenti di impegni, anche onerosi, volti all'attuazione dell'accordo, quale la costituzione di una società *newco*, che svolga la funzione di esigere e gestire i crediti del debitore insolvente, al fine, primariamente, di pagare i creditori aderenti alla scadenza e comunque di ripartire il ricavato fra i creditori aderenti proporzionalmente, o comunque secondo quanto stabilito tra i creditori nell'accordo.

E' ragionevole ritenere che l'assunzione da parte di tutti o parte dei creditori aderenti di impegni così articolati e complessi finisca per innestare nell'accordo un

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

reticolo di obbligazioni della più diversa natura tra i creditori aderenti, i quali ad es. possono investire la costituzione della società *newco*, nella sua gestione, nell'attività di esazione e recupero crediti, di assistenza legale ed aziendale, nella fornitura a prezzi e condizioni stabilite o filtrate dagli stessi creditori aderenti di beni o servizi, nella assunzione a condizioni negoziate con i sindacati dei dipendenti o parte dei dipendenti.

La causa di ristrutturazione che regge l'accordo, se nei rapporti tra debitore e creditori aderenti appare finalizzata a regolare le modalità di adempimento del debitore, nei rapporti tra creditori aderenti risulta finalizzata a creare le condizioni attraverso le quali tale adempimento può essere reso possibile. Ne consegue la stretta interdipendenza delle prestazioni che si snodano tra debitore e creditori aderenti e tra questi ultimi, con conseguente impossibilità di separare i profili genetici o funzionali della causa tra l'una o l'altra serie di obbligazioni.

8. La causa di ristrutturazione attraverso la valorizzazione o la liberazione di risorse.

Sulla base dei diversi elementi descritti è possibile pervenire dunque ad una più completa identificazione del contenuto della causa di ristrutturazione.

Essa appare in primo luogo rivolta a governare, attraverso atti negoziali, il conflitto che strutturalmente caratterizza il concorrere di diverse pretese creditorie su un patrimonio del debitore che, a causa dello stato di crisi, si è rivelato o si può rivelare insufficiente a soddisfare l'insieme delle pretese creditorie.

Tale conflitto, che solitamente, secondo la generale disciplina di sistema, viene regolato attraverso l'instaurazione di specifiche procedure, quali il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, la amministrazione straordinaria, ecc. e quindi con lo spossessamento del debitore e l'assunzione di ogni potere di gestione, di liquidazione e di riparto da parte degli organi della procedura, nel nostro caso viene regolato da quanto il debitore ed i creditori aderenti vengono a stabilire contrattualmente.

Sono i patti che intercorrono nell'accordo che sostituiscono quindi il divieto di azioni esecutive o cautelari, le procedure di liquidazione dei beni, le regole del riparto.

L'accordo comporta l'assunzione da parte dei creditori di autolimitazioni nelle proprie facoltà di esazione e di tutela del credito (attraverso le descritte dilazioni, rinunzie, postergazioni, accettazioni di modalità di estinzione dell'obbligazione diverse dall'adempimento ecc.), le quali, attraverso una sapiente ingegneria delle diverse prestazioni, sono incanalate verso un'ordinata modalità di soddisfazione delle pretese creditorie di tutti gli aderenti.

Il conflitto, e soprattutto il pregiudizio, che può derivare ai vari creditori dall'esercizio della pretesa creditoria in un contesto caratterizzato dalla insufficienza del patrimonio del debitore, è neutralizzato dalle regole che il debitore ed i creditori concorrenti si danno essi stessi nell'accordo.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

Questo non esclude che le pretese di un creditore o di una serie di creditori non possano prevalere nell'accordo rispetto ad altre, ma questo non sarà il casuale risultato del modo in cui si possono sviluppare i rapporti di forza tra i creditori, quanto piuttosto degli accordi negoziali raggiunti dai creditori stessi nell'accordo.

La precedenza nella soddisfazione, la misura della rinuncia, l'assunzione di oneri accessori all'accordo non sono quindi il risultato della conflittuale iniziativa dei diversi creditori, ma piuttosto l'attuazione di scelte di convenienza fatte valere e poi stabilite nell'accordo dagli stessi creditori che, ad es. per consentire la rinuncia alle garanzie da parte dei creditori prelatizi, accettano la subordinazione nella soddisfazione del credito, in quanto la liberazione degli immobili dalle ipoteche potrebbe risultare necessaria per la complessiva utilizzazione dell'intero patrimonio del debitore nell'interesse dell'accordo stesso.

Appare evidente che è proprio questo governo negoziale del conflitto, che consente il reperimento delle risorse necessarie alla soddisfazione dei creditori. Reperimento, ma meglio sarebbe dire liberazione delle risorse che, in forma illiquida o potenziale, sono già presenti nel patrimonio del debitore.

L'accordo consente la sospensione del conflitto e la sua regolazione attraverso modalità concordate di soluzione del conflitto stesso. Per questa via vengono create le condizioni per realizzare la più conveniente liberazione delle risorse a vantaggio tanto del debitore, che dei creditori.

I cespiti attivi dell'impresa in crisi possono essere liquidati secondo le modalità più consone all'interesse di tutti i partecipanti all'accordo, ad es. immobili che sarebbe rovinoso vendere all'asta in un momento di crisi del settore immobiliare, possono essere ceduti *in solutum* agli stessi creditori attraverso conferimento in società di loro pertinenza o più opportunamente create *ad hoc*, ad estinzione dell'esposizione debitoria, attivi del debitore in crisi costituiti da crediti verso i terzi possono essere ceduti *in solutum* o gestiti dagli stessi creditori nell'esazione o nel riparto oppure possono essere cartolarizzati e assegnati ai creditori, all'occorrenza anche avvalendosi della possibilità di operare distinzioni tra i diversi titoli assegnati ai creditori.

L'accordo consente in conclusione al debitore ed ai creditori di attuare la liberazione delle risorse ritenute negozialmente più opportune e di disporne nel comune interesse.

L'accordo sviluppa il suo effetto protettivo nel consentire al debitore di negoziare e pattuire il compimento di atti che, senza la speciale esenzione dell'art. 67 l. fall., potrebbero essere assoggettati all'azione revocatoria e nel consentire quella liberazione di risorse altrimenti non attuabile senza l'intesa del debitore con i creditori e dei creditori tra loro.

Va peraltro considerato che il fatto di essere l'accordo di ristrutturazione assistito da una causa adeguata a giustificare gli atti negoziali compiuti dal debitore e dagli aderenti, come pure il fatto che gli atti compiuti dal debitore possano essere

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

esentati dalla revocatoria fallimentare, nel caso di successivo fallimento del debitore, non esclude che gli atti compiuti dai creditori aderenti possano essere in altri contesti valutati nel merito da coloro che sono legittimati a contestare le scelte operate dagli stessi creditori aderenti, quali ad esempio, i creditori degli stessi creditori aderenti, in caso di successiva insolvenza o fallimento di questi, i soci della società, i cui amministratori nell'aderire all'accordo hanno rinunciato in varia forma ai crediti della società, ecc..

Il fatto che l'accordo sia assistito da una solida causa di ristrutturazione e che gli atti compiuti dal debitore siano esenti da revocatoria fallimentare, consente certamente di circoscrivere l'efficacia di tali censure alle ipotesi in cui, sulla base di una indagine di merito da svolgere caso per caso, in concreto emerga un'irragionevole non convenienza o addirittura il carattere pregiudizievole delle scelte operate con l'adesione all'accordo, ma questo dovrebbe passare attraverso una dimostrazione, in concreto, delle possibili altre strade che sarebbero potute essere percorse quale alternativa all'adesione all'accordo di ristrutturazione del comune debitore in crisi.

La possibilità di regolare il conflitto tra i creditori attraverso l'accordo di ristrutturazione trova poi la sua conferma ed il suo contrappeso nella regola che impone il pagamento dei creditori estranei all'accordo alla scadenza ed integralmente.

Quella dei creditori estranei è infatti una categoria per la quale, come abbiamo visto, non si può distinguere tra crediti preesistenti o successivi all'accordo. I creditori estranei mantengono infatti il diritto, loro riconosciuto dal diritto comune, indipendentemente dalla conclusione o dalla omologa dell'accordo. Questi sono per loro *facta inter alios acta*, contratti rispetto ai quali essi sono terzi e, in base al principio della relatività degli effetti del contratto, di cui all'art. 1372 c.c., non possono sopportare limitazioni ai propri diritti dalla conclusione dell'accordo tra il debitore ed i creditori aderenti dell'accordo.

9. L'accordo di ristrutturazione, attraverso la regolazione negoziale delle modalità (anche temporali e quantitative) dell'adempimento e la contemporanea soddisfazione dei creditori estranei, è suscettibile di rimuovere l'insolvenza.

La funzione dell'accordo risulta dunque indirizzata a consentire una regolazione dello stato di crisi o della stessa insolvenza, piuttosto che con la soddisfazione concorsuale di tutti i creditori, attraverso l'adempimento da parte del debitore delle obbligazioni secondo quanto concordato nell'accordo stesso.

L'accordo, in particolare, stabilisce la disciplina dello stesso adempimento con la previsione di specifiche deroghe. Sono in particolare le modalità dell'adempimento che vengono determinate dall'accordo e derivate negozialmente rispetto alle regole di diritto dispositivo stabilite dal diritto comune almeno per quanto concerne i creditori aderenti, i quali infatti consentono – secondo gli schemi più diversi –, ad una soddisfazione parziale (piuttosto che integrale), dilazionata (piuttosto che tempestiva),

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

effettuata con prestazioni che potrebbero essere in danaro oppure anche diverse rispetto a quelle originariamente dovute, mentre, al contrario, le modalità dell'adempimento non vengono né potrebbero essere minimamente modificate per i creditori estranei, che infatti debbono essere soddisfatti integralmente ed alla scadenza.

Se quindi con le pattuizioni intervenute con l'accordo, il debitore è effettivamente in grado di far fronte e soddisfare i creditori estranei e di pagare i debiti verso i creditori aderenti, secondo le modalità previste nell'accordo stesso, risulta sicuramente rimosso lo stato di insolvenza, e nello stesso tempo, lo stato di crisi (i cui contorni sono meno netti), risulta comunque superato.

Tale risultato viene raggiunto per effetto della conclusione dell'accordo tra debitore e creditori aderenti e, se le previsioni del piano che si accompagna all'accordo sono realistiche, il corretto utilizzo delle risorse considerate dal piano consentirà al debitore di pagare regolarmente i creditori estranei, col risultato di allontanare ed escludere il ricorrere dei presupposti di una soddisfazione concorsuale dei crediti e quindi di escludere l'instaurazione di una procedura fallimentare.

Questo risultato viene ottenuto grazie all'accordo con i creditori e l'effetto che viene raggiunto non è in realtà diverso da quanto il debitore poteva realizzare attraverso il concordato stragiudiziale.

Anche in passato, infatti, il debitore ricercava e, spesso, raggiungeva accordi stragiudiziali con i creditori, accordi che gli consentivano di neutralizzare lo stato d'insolvenza, come pure (se questo aveva buon fine), di soddisfare nei termini e secondo i patti dell'accordo stragiudiziale stesso, tutti i creditori. Restavano certamente aperti i rischi ad una eventuale futuro fallimento del debitore, tanto con riguardo alla revocatoria che alla responsabilità penale.

10. I creditori estranei.

Anche se estranei all'accordo, i creditori non aderenti non possono definirsi indifferenti all'accordo. Essi potrebbero infatti risultare danneggiati dall'accordo stesso, nel caso in cui le previsioni contenute nel piano o nell'accordo non risultassero adeguate per consentire la soddisfazione dei loro crediti.

In particolare gli estranei sono sicuramente legittimati a far valere con lo strumento dell'opposizione all'omologa tutti i possibili motivi, quali la mancata previsione o l'inaffidabilità, per mancanza di coerenza o di attendibilità o di sufficienza di risorse, della previsione di soddisfare i propri crediti integralmente ed alla scadenza. A tal fine essi possono far valere il fatto che nell'accordo non risulta contenuta una adeguata copertura di tale fabbisogno oppure che tale previsione si presenta non dimostrata o inattendibile.

La posizione di estraneo all'accordo comporta che esso non possa far valere profili più propriamente connessi alla posizione di coloro che sono i partecipanti all'accordo, tanto per quanto concerne i profili contrattuali che precontrattuali. In ogni

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

caso il comportamento del debitore che sia rivelatore di inadempimento o comunque di mancata esecuzione delle prestazioni assunte con l'accordo assume rilevanza rispetto agli interessi ed alla posizione degli estranei.

Al creditore estraneo restano a disposizione tutti gli strumenti di tutela previsti nel diritto comune. Pertanto dal comportamento inadempiente del debitore verso i creditori aderenti, come pure più in generale dalla mancata osservanza degli impegni assunti dall'accordo, il creditore estraneo (al pari del resto da qualsiasi altro creditore), può dedurre il sintomo di una più ampia incapacità di adempiere regolarmente nei confronti degli estranei secondo il generale principio dell'art. 1186 c.c., che informa l'intera disciplina delle obbligazioni e dei contratti. Con la dimostrazione di un tale *fumus*, il creditore estraneo potrà intervenire attraverso iniziative cautelari, mentre nel caso in cui si manifesti l'inadempimento del debitore nei suoi confronti, potrà porre in essere tutti i rimedi e le azioni previste a tutela del credito e del contratto, compresa la proposizione della domanda di fallimento.

11. Profili funzionali della omologazione dell'accordo rispetto alla esenzione dalla revocatoria e dai reati di bancarotta, in relazione al potere di opposizione all'omologa dei creditori e dei terzi interessati.

Se l'accordo di ristrutturazione è idoneo, quale accordo contrattuale, a disporre dei diritti di credito dei creditori aderenti e comunque dei diritti del debitore proponente, solo con l'omologazione dell'accordo viene raggiunto l'ulteriore obiettivo di rendere gli atti di disposizione contenuti nell'accordo di ristrutturazione stipulato dal debitore con gli stessi creditori aderenti, esenti dall'azione revocatoria fallimentare e dai reati di bancarotta.

Il giudizio di omologazione investe, pertanto, la verifica degli elementi che sono presupposto dell'accordo e che sono enunciati al primo comma dell'art. 182 *bis*. Vale a dire, la documentazione ex art. 161 l.fall., dell'adesione dei creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti, la relazione del professionista sull'attuabilità dell'accordo, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei crediti estranei.

Rilevo che non viene richiesto dall'articolo in parola l'attestazione della veridicità dei dati aziendali né un tale obbligo si può dedurre dal rinvio all'art. 161 contenuto al primo comma dell'art. 182 *bis*. Infatti tale rinvio è limitato alla documentazione e non al contenuto della relazione del professionista. Il contenuto della relazione risulta autonomamente disciplinato dall'ultima parte del primo comma dell'art. 182 *bis*, che appunto non fa alcun riferimento all'attestazione della veridicità dei dati aziendali. Nello stesso tempo, sul piano ermeneutico si deve ritenere che il rinvio alla sola documentazione di cui alla prima parte dello stesso articolo, non può essere inteso anche come rinvio all'obbligo di attestare la veridicità.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

In ogni caso, va da sé che un giudizio di attuabilità necessariamente comprende una valutazione di affidabilità dei dati contabili e fattuali raccolti, ma tale valutazione di affidabilità non comporta la necessità di un giudizio di stretta veridicità.

E' giustificato infatti ritenere che un serio giudizio di attuabilità del progetto di ristrutturazione possa essere rilasciato anche in presenza di una consapevole conoscenza da parte del professionista che redige la relazione, di una possibile difficoltà a verificare in modo del tutto preciso e definitivo la consistenza dei dati aziendali. E questo, in particolare, in tutti quei casi in cui il possibile *range* di difformità delle consistenze sia motivatamente valutato e ritenuto a giudizio del professionista stesso, tale da non influenzare negativamente l'esito della attuabilità dell'accordo in vista del pagamento degli estranei.

Questo potrebbe verificarsi allorquando il volume dei crediti degli estranei sia tale da essere coperto dalle risorse che con certezza sono state valutate nella relazione del professionista, con la conseguenza, quindi, della non essenzialità di una valutazione di stretta veridicità dei restanti dati, il cui *range* di variazione di consistenza risulterebbe non particolarmente rilevante ai fini della copertura del rischio corso dagli estranei.

Allo stesso modo, in tutti quei casi in cui l'accordo che il debitore conclude con i creditori accettanti contiene effetti solamente positivi per i creditori estranei - come nel caso di accordo essenzialmente dilatorio e remissorio e con postergazione -, l'esigenza di valutare i dati aziendali con criteri di stretta veridicità risulta attenuata, considerato che comunque, per effetto dell'accordo, i creditori estranei ricevono, sia pure indirettamente, un trattamento più vantaggioso a causa della dilazione e remissione concessa dagli accettanti, rispetto al trattamento che essi riceverebbero senza che l'accordo fosse stato concluso, in quanto, dovrebbero sopportare l'immediato concorso dei creditori accettanti per l'intero credito di questi, diminuendo così le possibilità di soddisfazione.

I primi elementi (documentazione, adesioni di almeno il 60% dei crediti, requisiti dell'esperto e relazione) potranno essere verificati sulla base di obiettivi riscontri della esistenza o meno degli elementi richiesti.

La verifica della attuabilità ed, in particolare, della idoneità dell'accordo a pagare regolarmente i crediti degli estranei, viene compiuta dal Tribunale con una valutazione volta a considerare se gli atti di disposizione contenuti nell'accordo depositato sono o meno suscettibili di veder riconosciuta nell'eventuale successivo fallimento l'esenzione dalla revocatoria fallimentare e dai reati fallimentari.

La attuabilità dell'accordo, sotto il profilo della idoneità a pagare i creditori ed in particolare i creditori estranei, costituisce, infatti, la migliore e più realistica e pragmatica verifica della esistenza o meno di una fondata giustificazione per disporre una deroga al regime generale dell'insolvenza (la quale prevede, come è noto la possibilità per il curatore di revocare, con la proposizione della specifica azione gli atti di disposizione del debitore che hanno pregiudicato la *par condicio creditorum*) e

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

quindi per la concessione del privilegio ai creditori aderenti all'accordo della più volte menzionata esenzione dalla revocatoria e dalla bancarotta.

Se infatti l'accordo risulta, sulla base della valutazione effettuata dal Tribunale in sede di omologa sulle modalità e sulle risorse desumibili dall'accordo, dal piano e dalla relazione dell'esperto, idoneo a soddisfare gli elementi alle condizioni dell'accordo e gli estranei, deve ritenersi che ricorrano giustificati motivi per concedere la esenzione in parola.

Si tratta, quindi, della concessione o se si vuole del riconoscimento di una deroga alla generale disciplina fallimentare sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Quindi la concessione della esenzione dalla revocatoria è pur sempre volta ad un risultato valutativo prospettico, riassumibile nella ragionevole previsione che, avendo potuto verificare che con l'attuazione dell'accordo, i creditori aderenti potranno essere soddisfatti secondo le regole contrattuali dell'accordo e i creditori estranei potranno essere soddisfatti regolarmente e alla scadenza, il Tribunale procedendo all'omologazione dell'accordo, potrà così concedere il privilegio della esenzione della revocatoria, in quanto tale deroga alle regole fallimentari, non arreca (o non dovrebbe) prevedibilmente arrecare pregiudizio ai creditori.

Infatti, ripeto, essendo ragionevolmente previsto che questi trovino comunque la soddisfazione del loro credito (gli aderenti secondo le regole dell'accordo e gli estranei integralmente e regolarmente), la concessione della deroga e dell'esenzione non comporta alcun pregiudizio ma anzi, al contrario, consente al debitore e ai creditori aderenti di esprimere una negozialità dai contenuti più liberi quindi più innovativi e vantaggiosi, in vista del superamento o regolazione della crisi.

Considerato, quindi, che il quarto comma dell'art. 182 *bis* legittima i creditori a contrastare l'omologazione con la proposizione di una specifica opposizione all'accordo, si deve ritenere che solo coloro che siano titolari di un diritto di credito certo, determinato ed attuale siano effettivamente legittimati a far valere l'opposizione. Tale legittimazione non può essere riconosciuta a coloro che rivendichino un credito non ancora accertato e contestato giudizialmente o anche in via stragiudiziale (sempre che tali contestazioni non siano valutate dal Tribunale come effettivamente irrilevanti e soprattutto di pronta definizione in via giudiziale) in sede di valutazione della opposizione.

La natura non accertata e contestata del credito non solo ne rende impossibile l'esigibilità attuale ma ne rende addirittura incerta l'esistenza e l'ammontare. Né d'altro canto, è ipotizzabile una sospensione del giudizio di opposizione in attesa dell'accertamento del credito contestato e della sua eventuale definitività.

Il Tribunale dell'opposizione dovrà piuttosto valutare sulla base di criteri più immediati volti a verificare se quel credito possa rivestire un carattere di attualità tale da incidere in modo rilevante e condizionato sull'accordo concluso con il debitore.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

D'altro canto, se i crediti oggi contestati ed indeterminati fossero in futuro definitivamente accertati come efficaci ed esigibili ed il debitore non fosse in grado di adempiere, il pregiudizio che il creditore dovesse venire in quel (futuro) momento a subire, non sarebbe stato certo superabile dall'esercizio della revocatoria da parte del Curatore, considerato che, a causa del più che prevedibile lasso di tempo che occorre per l'accertamento della definitività del credito verso il debitore, anche l'esercizio della revocatoria per rimuovere gli atti dispositivi a suo tempo compiuti con l'accordo, non sarebbe con quasi certezza né possibile, né attuale.

Altri strumenti di diritto comune assai più funzionali ed efficaci sono del resto a disposizione dei titolari di crediti contestati, non accertati e non determinati, per contrastare e neutralizzare gli atti pregiudizievoli del debitore posti in essere con l'accordo di ristrutturazione o in altra sede. Gli strumenti sono quelli ben noti e correntemente fatti valere con le misure cautelari di sequestro conservativo o con i più generali provvedimenti d'urgenza, come pure con l'azione revocatoria ordinaria.

Allo stesso modo il riconoscimento della legittimazione all'opposizione al terzo interessato, cui fa riferimento l'art. 182 *bis*, secondo comma, deve ritenersi consentita solo nei casi in cui questi nel proporre opposizioni abbia dato la dimostrazione dell'attualità del pregiudizio che esso, quale terzo, potrebbe subire dall'attuazione dell'accordo concluso dal debitore con i creditori aderenti. Deve, a questo riguardo trattarsi di un pregiudizio cui il curatore dell'eventuale successivo fallimento avrebbe potuto porre almeno in parte rimedio con l'esercizio della revocatoria fallimentare.

Il diritto del terzo interessato deve comunque riguardare posizioni e interessi di stretta natura patrimoniale, idonei ad essere inquadrati o a trasformarsi, con adeguata immediatezza, in diritti di credito, a) suscettibili di essere efficacemente fatti valere nei confronti del debitore e, b) suscettibili di essere compromessi dagli atti di disposizione che il debitore ha previsto nell'accordo stipulato con i creditori aderenti, attraverso, quindi una dimostrazione da parte del terzo del pregiudizio che potrebbe derivare dalla esenzione dalla revocatoria fallimentare o dai reati fallimentari nel caso di successivo fallimento.

Il riconoscimento della legittimazione al terzo passa quindi necessariamente dalla dimostrazione e dall'apprezzamento da parte del giudice dell'opposizione di un rilevante *fumus* del diritto di credito reclamato, come pure del pregiudizio prospettico che dovrebbe derivare dall'atto dispositivo previsto dal debitore nell'accordo e questo, in stretta connessione con la possibilità di rendere tale atto dispositivo esente dalla revocatoria.

Se così non fosse, anche per questo soggetto, definito *terzo interessato*, si dovrebbe concludere per la esclusione della legittimazione alla opposizione *ex art. 182 bis*, quarto comma. Piuttosto il terzo interessato, se ve ne fossero i presupposti, avrebbe la legittimazione alle azioni cautelari, d'urgenza, all'azione revocatoria ordinaria che il

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

terzo potrebbe far valere, indipendentemente dal giudizio di opposizione all'accordo di ristrutturazione, previa dimostrazione del pregiudizio al suo credito potenziale.

In conclusione, il potere di opposizione riconosciuto dall'art. 182 *bis*, quarto comma ha una portata strettamente tecnica e non può essere trasformato in uno strumento con il quale si contesta il gradimento o meno di una attività negoziale che, non va dimenticato, è pur sempre *res inter alios acta*, e che il debitore ed i creditori aderenti hanno il pieno diritto di realizzare sulla base dei generali poteri di autonomia privata e libertà contrattuale.

In particolare va considerato che, se il contenuto dell'accordo di ristrutturazione non comporta atti dispositivi del patrimonio del debitore ma (come del resto frequentemente si verifica), contiene nella sostanza solo previsioni dilatorie della scadenza dei crediti o remissori e o di postergazioni che interessano e sono circoscritti e solo ai creditori aderenti (considerato che per definizione non potrebbero mai tali disposizioni negoziali interessare e colpire i creditori estranei), nessuna censura potranno legittimamente avanzare e nessun pregiudizio potranno lamentare i creditori estranei in sede di opposizione. Infatti non essendoci alcuna modificazione negativa né depauperamento del patrimonio del debitore, dalla dilazione, remissione o postergazione concessa dai creditori aderenti, quali soggetti estranei essi non potranno che trarne vantaggio, con conseguente esclusione, quindi, della legittimazione sostanziale alla contestazione dell'accordo per mancanza di interesse e di rilevanza dell'accordo intercorso tra il debitore e gli aderenti, rispetto alla posizione patrimoniale dei creditori e dei terzi estranei.

12. I vantaggi incentivanti del procedimento di omologa.

La disciplina dell'art. 182-*bis*, 1. fall., con la previsione di un procedimento di omologazione dell'accordo, consente di raggiungere un ulteriore obiettivo, vale a dire di rimuovere gli accennati rischi revocatori e penali a carico dei partecipanti all'accordo, col risultato di dare una completa definitività agli spostamenti patrimoniali effettuati dal debitore in esecuzione dell'accordo, idonea a resistere anche al possibile scrutinio cui sarà chiamato il curatore del debitore di un eventuale successivo fallimento nella valutazione degli atti pregiudizievoli ai creditori da esso compiuti prima della dichiarazione di fallimento.

L'omologazione da parte del tribunale, oltre a dar luogo agli effetti ora accennati relativi alla esenzione dall'azione revocatoria degli atti che ne costituiscono esecuzione, come pure alla esenzione per gli stessi atti dai reati di bancarotta, secondo quanto disposto dall'art. 217 *bis*, 1. fall., aggiunge un ulteriore elemento di affidabilità all'accordo stesso, che discende dal fatto che: a) l'accordo è accompagnato da una relazione di un professionista (in possesso di requisiti legalmente prescritti), che attesta attuabilità dell'accordo stesso e particolarmente la sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei; b) che il tribunale nel procedere alla omologazione, oltre a

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

verificare tutte le condizioni richieste dall'omologa – corretta adesione dei creditori nella percentuale dovuta, presentazione della documentazione richiesta, verifica delle qualità professionali del professionista attestatore -, valuta anche la ragionevolezza dell'accordo e la sua idoneità ad assicurare il pagamento dei creditori estranei.

Ne consegue che, nel momento in cui i creditori vengono richiesti dal debitore di aderire all'accordo, la loro scelta non è solo il frutto di una libera determinazione di autonomia privata, ma piuttosto è espressione di una volontà negoziale coerentemente assistita da elementi informativi, cui la procedura legalmente prevista attribuisce un forte carattere di affidabilità, tanto sul piano della veridicità, che della funzionalità, sulla base dei quali il creditore aderente può ritenere che, attraverso le risorse liberate dall'accordo, il suo credito verrà soddisfatto secondo le modalità previste e da lui stesso accettate con l'adesione all'accordo.

Non a caso le clausole che di prassi vengono richieste e considerate necessarie nella articolazione degli accordi di ristrutturazione sono quelle che condizionano la singola adesione del creditore alla adesione di tutti o perlomeno di una ampia percentuale di creditori, ed analogamente quelle che condizionano l'efficacia della adesione (e quindi delle diverse scelte di ristrutturazione del debito, che sappiamo possono consistere in possibili rinunce, dilazioni, postergazioni ecc.) alla definitività del provvedimento di omologa dell'accordo stesso.

13. Il blocco legale delle azioni cautelari o esecutive.

L'accordo acquista efficacia dal giorno della pubblicazione nel registro delle imprese e per sessanta giorni i creditori per titolo causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, mentre la prescrizione rimane sospesa e le decadenze non si verificano secondo il principio dell'art. 168, secondo comma, espressamente richiamato dall'art. 182 *bis*, terzo comma l. fall.

La funzione di tale blocco è strettamente connessa alla necessità di consentire al tribunale l'esame della istanza di omologazione, dell'accordo, della documentazione e della relazione del professionista ad esso correlata, senza che possano verificarsi *medio tempore* modifiche nella situazione patrimoniale del debitore, che sarebbero inevitabilmente conseguenti al verificarsi di azioni cautelari o esecutive.

Si tratta, dunque, di una temporanea cristallizzazione del patrimonio al fine di assicurare una assoluta corrispondenza tra la situazione patrimoniale descritta e presa in considerazione nell'accordo e quella reale. Questo è necessario per far sì che il provvedimento di omologa dell'accordo sia assolutamente coerente e corrispondente con i presupposti di fatto sui quali si è basato il consenso dei creditori aderenti, come pure che sia coerente con i presupposti che sono contenuti e illustrati dal professionista nella sua relazione e che vengono presi in considerazione dal tribunale nel procedimento di omologa, come pure dai terzi legittimati all'opposizione.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

La durata di sessanta giorni di tale blocco delle azioni sul patrimonio del debitore è correlata alla durata presumibile del procedimento di omologazione, che possiamo dedurre dal termine di trenta giorni dalla pubblicazione nel registro delle imprese per la proposizione di opposizioni da parte dei creditori e di ogni altro interessato. Il tribunale, infatti, non potrà procedere all'omologazione prima che sia decorso tale termine, ma successivamente, sia che siano state o meno proposte opposizioni, il tribunale dovrebbe celermente procedere alla decisione sull'omologa prima del decorso del termine di moratoria di sessanta giorni, al fine di evitare che il decreto di omologa si riferisca ad una situazione patrimoniale superata e diversa rispetto a quella presa in considerazione e che è stata presupposto per l'omologa stessa.

Decorso i sessanta giorni cessa qualsiasi efficacia del blocco e, conseguentemente, le azioni cautelari o esecutive potranno colpire il debitore, incidendo pertanto sul patrimonio sul quale sono riposte le possibilità di soddisfazione del credito ristrutturato dei creditori aderenti e del credito nella sua integralità dei non aderenti. Sarà questo il più immediato e realistico banco di prova dell'accordo omologato: le pretese che vengono fatte valere con le azioni cautelari o esecutive sono, infatti, verosimilmente promosse da creditori estranei e pertanto si tratta di crediti per i quali l'accordo avrà dovuto necessariamente prevedere il pagamento integrale ed alla scadenza.

In altre parole, nel caso in cui determinati creditori esercitino azioni esecutive o cautelari nei sessanta giorni successivi al deposito dell'accordo nel registro delle imprese, se pure per effetto del blocco, di cui al terzo comma dell'art. 182 *bis*, l. fall., appare esclusa l'efficacia delle iniziative cautelari ed esecutive, risulta evidente che tali pretese creditorie dovranno essere prese in considerazione nell'accordo quali crediti vantati da creditori estranei, verosimilmente scaduti e pertanto da soddisfare con la tempestività richiesta dal titolo, una volta decorso i sessanta giorni del blocco ed indipendentemente dalla circostanza che nel frattempo sia intervenuta o meno l'omologazione dell'accordo da parte del tribunale.

In realtà, anche in questo caso, il problema non risiede tanto nel fatto che uno più creditori avanzi azioni cautelari o esecutive durante i sessanta giorni del blocco, quanto piuttosto che nell'accordo e nel piano, che ad esso si accompagna, sia previsto come soddisfare tali pretese con la tempestività richiesta dal titolo oppure, se il debitore decide di resistere a tali pretese in quanto ritenute non fondate, siano anche esplicitati i motivi della contestazione e comunque siano indicati i mezzi con cui si ritiene di contestare e resistere a tali pretese valutate come infondate o non esigibili.

L'esercizio di tali azioni cautelari ed esecutive nel periodo di blocco - nel caso in cui la potenziale incidenza sul patrimonio del debitore sia rilevante e nel caso in cui non siano state già previste nell'accordo e nel corrispondente piano, le modalità con cui fare fronte a tali pretese - costituisce in ogni caso un elemento che il debitore deve portare a conoscenza del tribunale affinché sia messo nella condizione di valutare se il

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

sopravvenire di tali pretese, non previste nell'accordo di cui il debitore chiede l'omologazione, abbia conseguenze sulla tenuta dell'accordo, in quanto altri creditori non aderenti potrebbero risultare insoddisfatti o per mancanza assoluta di risorse o perché, considerato il fabbisogno, sia pure ristrutturato dei creditori aderenti, le risorse disponibili potrebbero risultare non più sufficienti a coprire le incrementate pretese dei creditori non aderenti.

Una omologazione che fosse effettuata dal tribunale all'oscuro di una adeguata informazione al riguardo, costituirebbe motivo di reclamo da parte sia dei creditori aderenti, che dei non aderenti nei confronti del provvedimento di omologa, il quale potrebbe risultare viziato sul piano della mancata previsione di sopravvenute pretese di creditori estranei, come pure eventualmente dell'attuabilità della loro esigibilità, con conseguente inattendibilità delle previsioni dell'accordo e del collegato piano e quindi infondatezza dell'omologa rilasciata (o richiesta se ci troviamo in una fase antecedente all'omologa).

14. Il provvedimento di blocco delle azioni cautelari ed esecutive su richiesta del debitore.

Con il D.L. n. 78/2010, così come convertito dalla L. 30 luglio 2010, n. 122, all'art. 182 *bis* sono stati aggiunti ulteriori commi, nei quali è stata prevista la possibilità per il debitore di richiedere ulteriori strumenti di protezione del patrimonio prima del deposito dell'accordo presso il registro delle imprese.

Il quinto comma dell'art. 182 *bis* prevede, infatti, che il debitore possa richiedere al tribunale un provvedimento di divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive anche nel corso delle trattative e comunque prima della *formalizzazione dell'accordo*. Con quest'ultima espressione dal sapore descrittivo – giornalistico, ritengo che si possa intendere sia la conclusione dell'accordo, che il deposito dell'accordo stesso presso il registro delle imprese.

Successivamente al deposito, infatti, non vi sarebbe ragione di richiedere una siffatta misura di protezione, considerato che essa, come abbiamo visto al precedente comma quarto, deriva quale effetto automatico del deposito dell'accordo.

La situazione che quindi viene considerata dalla norma è pertanto quella precedente al deposito dell'accordo, nel corso della quale il debitore può avere in corso trattative o avere concluso lo stesso accordo con i creditori aderenti ma, per i motivi più diversi, potrebbe preferire ancora attendere alla presentazione ed al deposito dell'accordo.

In ogni caso il debitore deve accompagnare la richiesta con diversi e rilevanti elementi documentali consistenti nel deposito: a) della stessa documentazione prevista dal primo comma per la richiesta di omologazione dell'accordo, vale a dire la documentazione di cui all'art. 161 l.fall; b) della proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

proposta sono in corso trattative con i creditori, che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti; c) di una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d), circa la idoneità della proposta ad assicurare il regolare pagamento dei creditori, con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare.

Il carattere della documentazione complessivamente richiesta ed il tenore delle dichiarazioni portano a ritenere che la proposta, che viene depositata dal debitore, deve essere quella definitiva sulla quale viene richiesta la adesione dei creditori e che, una volta accettata dai creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti, costituirà l'accordo definitivo, il quale sarà depositato e sottoposto all'esame del tribunale per l'omologa.

La dichiarazione del debitore è diretta, infatti, a certificare che egli sta trattando con i creditori per ottenere la loro adesione a quella proposta con quel contenuto e non certo ad altra proposta con diverso o altro contenuto, come pure la dichiarazione del professionista è diretta a fornire un elemento di valutazione tanto importante quanto univoco e cioè che quella proposta, e non altra, è idonea ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

Ai sensi del settimo comma, il tribunale, dopo aver verificato la documentazione ed aver riscontrato la sussistenza dei presupposti per pervenire ad un valido accordo di ristrutturazione, dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive, nonché il divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, assegna un termine di non oltre sessanta giorni perché il debitore depositi il completamento della documentazione già presentata e cioè l'accordo di ristrutturazione definitivamente accettato dai creditori e la relazione del professionista, di cui al primo comma dell'art. 182bis, l. fall..

Questa moratoria ha contenuti più ampi, ed in parte diversi, rispetto a quelli previsti dall'art. 168, l. fall., con la presentazione del ricorso di concordato. Più ampi perché al divieto delle azioni esecutive si aggiunge il divieto delle azioni cautelari, diversi perché con la previsione del *divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati*, si esclude la possibilità per i creditori di acquisire ipoteche giudiziali, ma si lascia al debitore la possibilità di negoziare e concedere ai terzi pegni ed ipoteche sui propri beni anche durante la moratoria.

È evidente che si tratta di una facoltà di cui il debitore dovrà fare buon uso e che potrà essere consentita dai creditori solo ed in quanto non risulti contraddittoria sia con l'accordo, la cui adesione da parte dei creditori è *in fieri*, sia con gli interessi dei creditori estranei i quali potrebbero interpretare la concessione di garanzie prelatizie quale atto di disposizione a loro danno.

Conseguentemente, se il debitore successivamente depositasse un accordo diverso rispetto al contenuto della proposta di accordo precedentemente depositata, questo configurerebbe il mancato assolvimento da parte del debitore dell'onere disposto

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

dal tribunale, ai sensi del settimo comma dell'articolo in parola, di depositare entro sessanta giorni l'accordo e la relativa relazione del professionista. Tale valutazione deriva dalla considerazione della difformità tra il contenuto dell'accordo e quello della proposta precedentemente depositata e sulla quale si è formata la valutazione del tribunale nel concedere il provvedimento di moratoria e dei creditori nel valutarlo.

La conseguenza sarà pertanto la stessa che si verifica in caso di mancato deposito previsto dall'art. 182 *bis*, penultimo comma, dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista nei sessanta giorni, vale a dire il venir meno del divieto di cui al sesto comma dell'articolo in parola dalla data di scadenza del termine assegnato dal Tribunale per il deposito dell'accordo di ristrutturazione che risulta non essere poi stato depositato dal debitore.³

Va considerato infatti che, nonostante il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive, si produca con la pubblicazione della istanza di sospensione nel registro delle imprese, i creditori possono, consapevolmente o meno, porre in essere atti che raggiungano la persona ed il patrimonio del debitore nonostante il temporaneo divieto. Se tali atti fossero considerati definitivamente inefficaci, si avrebbe la singolare conseguenza che le più legittime azioni cautelari o esecutive fatte valere nel periodo in cui era vigente il divieto poi rimosso, possano anche successivamente al venir meno del divieto, subire la prevalenza di altre e successive azioni (ad esempio, l'ipoteca giudiziale inefficace durante il periodo di divieto viene preceduta da una pur successiva ipoteca giudiziale iscritta subito dopo la cessazione del divieto).

Considerato dunque che il divieto temporaneamente disposto dal tribunale è risultato del tutto ingiustificato e che pertanto, una volta cessata l'efficacia del divieto il patrimonio del debitore ha riacquisito quel carattere di contendibilità giuridica tra creditori concorrenti, si deve ritenere che le azioni che erano state proposte durante il divieto possono essere proseguite a far data dalla data di cessazione del divieto senza necessità di essere riproposte nuovamente e con attribuzione dell'efficacia degli atti compiuti nel periodo del divieto dal giorno di cessazione stesso (l'ipoteca iscritta nel periodo di divieto risulterà efficace dal giorno successivo alla cessazione del divieto).⁴

Sulla base di queste considerazioni si deve ritenere che l'utilità del ricorso ad una siffatta procedura di moratoria preventiva non può essere riferita alla fase di trattative, in cui il debitore sta elaborando o sta costruendo oppure sta discutendo un testo di proposta sul quale ottenere l'adesione dei creditori. Si tratta infatti di fasi prenegoziali nelle quali il testo ed il contenuto della proposta subiscono continue

³ Cfr. Nardecchia, *op. loc. cit.*, il quale giustamente rileva che se il contratto – accordo fosse concluso a condizioni o comunque con un contenuto diverso da quello indicato nella proposta l'accordo, in quanto concluso correttamente, sarà valido ed efficace tra le parti e potrà essere omologato, ma non potrà godere degli effetti protettivi anticipati riservati alla proposta.

⁴ Nello stesso tempo Nardecchia, *op. loc. cit.*, che fa riferimento al venir meno *ab origine* dell'effetto protettivo.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

modifiche ed aggiustamenti di forma e di sostanza affidati per lo più alla elaborazione e discussione dei diversi *mark up*, che costituiscono ormai il più diffuso strumento di costruzione contrattuale utilizzato nella prassi.

Il ricorso alla moratoria preventiva appare praticabile nel momento in cui: a) il debitore si trova in una fase di trattative con i creditori che rappresentano il sessanta per cento dei crediti, nella quale il testo della proposta deve essere considerato definitivo; b) il debitore abbia fondate ragioni per ritenere che tali trattative si concludano positivamente con la conclusione dell'accordo, attraverso l'adesione alla proposta di creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento dei crediti ed il professionista rilasci nello stesso termine, la relazione di cui al primo comma dell'articolo in parola.

Nel ricorrere a tale procedura di moratoria preventiva il debitore dovrà inoltre necessariamente valutare altri aspetti che attengono più propriamente alle modalità con le quali si svolge la procedura.

Se infatti con la pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese si produce l'effetto del divieto di azioni cautelari o esecutive e di acquisizione di titoli di prelazione, il tribunale deve poi, nel termine di trenta giorni, fissare l'udienza disponendo peraltro *la comunicazione ai creditori della documentazione stessa*.

Considerata la complessità ed il carattere voluminoso della documentazione, che di solito accompagna un accordo di ristrutturazione è possibile prevedere che il tribunale, al fine di realizzare la comunicazione ai creditori incaricherà lo stesso debitore di procedere a questo incumbente, se necessario attraverso la messa a disposizione per la consultazione presso la sede dell'impresa o altra sede designata eventualmente anche attraverso strumenti informatici, che con specifiche *password* assegnate ai creditori interessati consentano di effettuare una consultazione o una *due diligence* virtuale a distanza.

Tale comunicazione deve essere rivolta a tutti i creditori indistintamente, siano essi futuri possibili aderenti o non aderenti. Agli stessi sembra che debba essere anche riconosciuto il diritto di partecipare all'udienza nella quale potranno manifestare le proprie osservazioni in ordine alla documentazione loro comunicata ed in ordine alla proposta, come pure in ordine alle dichiarazioni del debitore e del professionista. Infine agli stessi creditori è riconosciuto il diritto di reclamare avanti alla Corte d'appello il decreto di moratoria preventiva del tribunale.

Si tratta di un procedimento cui il debitore potrà ricorrere solo ed in quanto abbia solidissime certezze della condivisione da parte dei creditori dell'accordo, in quanto i diversi passaggi descritti spongono il debitore, (ancor più che nella procedura di omologazione dell'accordo prevista dai commi da 1 a 4 dell'articolo in parola), alle contestazioni dei creditori, con il grave rischio che il vantaggio ottenuto con la pubblicazione dell'istanza di moratoria preventiva nel registro delle imprese, nel caso in cui, per qualsiasi motivo, si protragga il procedimento oltre i sessanta giorni previsti, possa comportare per il debitore l'insorgere di una situazione di particolare

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

vulnerabilità, considerato che lo stesso debitore ha dato comunicazione ai creditori del proprio stato di insolvenza o di crisi e che il procedimento di omologazione dell'accordo è ancora *in itinere*.

A questo si può aggiungere un'altra circostanza, dovuta al fatto che nel procedimento di omologazione dell'accordo non viene prevista una specifica forma di comunicazione ai creditori, né un'udienza cui essi possano partecipare, in quanto l'unica fonte di informazione è costituita dalla pubblicazione nel registro delle imprese dell'accordo.

Conseguentemente è facile ritenere che solo i creditori più informati potranno trovarsi nelle condizioni di poter ricorrere e contestare l'eventuale provvedimento di omologa emesso dal tribunale.

Nel caso in cui il debitore ricorra alla procedura di moratoria prevista dall'art. 184-*quater*, settimo comma, 1. fall., più ampia e informata risulterà la platea dei creditori effettivamente in grado di contestare il provvedimento di omologa del tribunale. Lo stesso debitore, infatti, con la comunicazione prevista dal citato settimo comma (che comporta la possibilità di partecipare all'udienza), ha posto i creditori in una posizione di maggiore vantaggio conoscitivo rispetto alla situazione in cui i creditori si trovano nel consueto procedimento di omologazione dell'accordo. Il debitore dovrà pertanto valutare prudentemente se il ricorso a questa procedura di moratoria preventiva risulti effettivamente conveniente.

Dovrà in particolare considerare se, rispetto alla laboriosità della procedura di moratoria temporanea, che inevitabilmente comporta un gravoso impegno in una fase in cui il debitore è già sicuramente assai occupato nella ricerca delle adesioni con i creditori chiamati a partecipare all'accordo, il vantaggio che potrà conseguire con l'ottenimento di un periodo temporale di moratoria, per il completamento delle adesioni all'accordo, sia effettivamente utile e sufficiente.

Infatti, se pur l'effetto della sospensione si verifica immediatamente dal momento dal momento della pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese, il tribunale entro trenta giorni deve fissare l'udienza nella quale dovrà verificare l'esistenza dei presupposti per pervenire all'accordo di ristrutturazione e, nel caso di accoglimento dell'istanza, dovrà assegnare un termine non superiore a sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione del professionista. In conclusione, con l'attivazione di questo procedimento, il debitore potrà contare su un periodo di moratoria che comunque non dovrebbe essere superiore ai tre mesi. Esso costituisce certamente un lasso di tempo utile ma certamente contenuto e potrebbe risultare non sufficiente a consentire al debitore il raggiungimento delle adesioni strategicamente ritenute necessarie.

In ogni caso l'effetto della moratoria, agevolmente ottenuto con il deposito dell'istanza e la pubblicazione nel registro delle imprese, viene meno se il tribunale

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

rigetta l'istanza oppure, se nel termine di sessanta giorni dal decreto di accoglimento del tribunale, il debitore non deposita l'accordo.

15. La prededucibilità dei finanziamenti bancari dei soci e dei crediti dei professionisti (possibile postergazione nell'accordo di ristrutturazione e prededucibilità nel fallimento).

Il D.L. n.78/2010 ha inserito l'art. 182 *quater*, *Disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti* nel quale hanno trovato una previsione di protezione i soggetti che, attraverso l'erogazione di finanziamenti, oppure attraverso l'erogazione di prestazioni professionali, possono contribuire alla riuscita sia del concordato che dell'accordo di ristrutturazione.

In relazione ai finanziamenti, il riferimento è alle sole banche ed ai soci, con esclusione, invero poco comprensibile di altri soggetti, quali ad esempio i fornitori o altri che pur potrebbero avere giustificato interesse alla presentazione e soprattutto alla riuscita dell'accordo di ristrutturazione. Di conseguenza, nel caso in cui eventuali terzi intendessero porre mano a operazioni di finanziamento, essi dovrebbero incaricare una banca ad effettuare il finanziamento per loro conto, fornendone anche la provvista, con gli oneri e le rigidità inevitabilmente connessi ad una operazione siffatta. La banca dovrebbe valutare il merito di credito del creditore che domanda la realizzazione per suo conto di una tale operazione e, nello stesso tempo, valutare la meritevolezza della operazione in sé e comunque sul creditore che conferisce un tale incarico ricadrebbero ulteriori oneri assai gravosi, quali il peso degli interessi e soprattutto il rischio dell'intera operazione, che la banca verrebbe a traslare sul creditore.

La prededuzione è, dunque, riservata ai finanziamenti erogati dalle banche in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione. Il presupposto è che, tanto il concordato che l'accordo, abbiano ottenuto l'omologazione da parte del tribunale. Soltanto, infatti, per effetto del decreto di omologa, la proposta concordataria o dell'accordo di ristrutturazione ha conseguito l'effetto di ristrutturare la posizione debitoria, assegnando ad essa una forma appunto rinnovata e vincolante per il debitore ed i creditori. Le banche che hanno contribuito al buon esito del concordato o dell'accordo potranno contare sulla prededuzione proprio ed in quanto il concordato o l'accordo abbiano conseguito l'omologa da parte del tribunale.

Il testo della norma fa riferimento ai finanziamenti posti in essere in esecuzione del concordato o dell'accordo, ma ritengo che la prededuzione possa essere riconosciuta anche ai finanziamenti erogati prima dell'omologazione in quanto funzionali all'accordo stesso. E' necessario che lo stesso tribunale riconosca espressamente nell'ambito del decreto di omologa tale carattere funzionale e disponga pertanto il carattere prededucibile di tali finanziamenti, nel caso in cui il concordato o l'accordo

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

non abbiano buon esito per successiva revoca o risoluzione del concordato oppure risoluzione dell'accordo.

La manifestazione di volontà alla erogazione del finanziamento deve in ogni caso precedere il provvedimento di omologa. Per i finanziamenti di cui viene prevista l'erogazione successivamente all'omologa dell'accordo, l'impegno ad erogare il finanziamento verrà manifestato dalle banche anteriormente alla conclusione dell'accordo e in ogni caso anteriormente all'omologa dell'accordo stesso. Ne consegue che la delibera della banca e quindi lo stesso contratto di finanziamento nella pratica prevederanno di condizionare la avvenuta omologazione dell'accordo ed al fatto che il tribunale nel decreto di omologa abbia specificamente disposto il carattere prededucibile di tale finanziamento nell'eventuale fallimento cui, nonostante l'avvenuta omologa, dovesse essere sottoposto il debitore dell'accordo.

Se poi si considera che le condizioni di crisi e spesso di insolvenza del debitore comportano una situazione di grave illiquidità, che determina la necessità per le banche creditrici di effettuare finanziamenti al fine di consentire il mantenimento di una continuità aziendale anche ridotta, appare evidente che buona parte di tali finanziamenti potranno essere erogati nella più completa assenza di merito creditizio del debitore sovvenuto, al solo fine di rendere possibile la presentazione dell'accordo di ristrutturazione sulla cui approvazione ed omologa anche la banca finanziatrice ripone un rilevante interesse volto a realizzare una conveniente partecipazione alla ristrutturazione stessa.

È possibile quindi che, in presenza di risorse scarse per soddisfare i creditori estranei (che potrebbero essere costituiti, ad esempio, da una serie polverizzata di fornitori, oltre che poco raggiungibili anche difficilmente propensi ad accettare le rinunce previste nell'accordo), l'allargamento della esposizione debitoria, conseguente alla erogazione del credito da parte delle banche, renda impossibile o comunque metta in pericolo la soddisfazione integrale dei creditori estranei.

In questi casi sarà necessario che le banche finanziatrici, al fine di evitare che i finanziamenti erogati possano avere un effetto opposto a quello per il quale vengono effettuati e quindi mettano in pericolo la ristrutturazione del debito, che con l'accordo si intende raggiungere, accettino di postergare tali crediti alla soddisfazione dei creditori estranei in modo tale da realizzare anche il loro interesse al buon esito dell'accordo di ristrutturazione ed accedere alla soddisfazione concordata dei loro crediti.

In questo contesto il risultato potrebbe quindi consistere nel trattamento del credito da restituzione dei "finanziamenti ponte" effettuati dalla banca, dapprima quali crediti postergati nell'ambito dell'accordo, mentre successivamente nel fallimento, che dovesse essere dichiarato in caso di inadempimento dell'accordo, nel trattamento in prededuzione dello stesso credito, che in questo contesto verrebbe assunto come funzionale al perfezionamento di una procedura di ristrutturazione che non ha avuto buon esito. Il terzo comma dell'art. 182 *quater*, introduce una previsione del tutto nuova

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

diretta a riconoscere anche ai finanziamenti effettuati dai soci la prededuzione per una parte del finanziamento effettuato.

La novità della disposizione è evidente alla luce della più generale disciplina degli artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c., la quale, per i finanziamenti dei soci effettuati in qualsiasi forma in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio tra l'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure, in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un finanziamento, prevede la postergazione del credito rispetto agli altri creditori.

Il riconoscimento della prededuzione è consentito pertanto nei ristretti limiti della previsione della norma, vale a dire per i finanziamenti: a) effettuati in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei crediti e quindi dopo l'omologa dello stesso, b) specificamente previsti nell'accordo quali necessari e funzionali all'esecuzione dell'accordo, c) specificamente presi in considerazione e con espressa disposizione della prededuzione nel provvedimento che accoglie la domanda di omologa dell'accordo.

Emerge quindi una diversa natura e funzione di tali finanziamenti rispetto a quelli presi in considerazione dai citati artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c..

Se questi ultimi, previsti nel codice civile, trovano il loro scopo in una finalità e causa nel conferimento di capitali per sopperire, sia pure in modo indiretto, alla carenza di capitalizzazione della società e per contrastare lo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto, gli altri, previsti ora nella legge fallimentare, trovano il loro scopo in un altro e diverso contesto che solo indirettamente investe la società debitrice, in quanto il finanziamento è diretto a sostenere e agevolare la realizzazione della causa dello stesso accordo di ristrutturazione.

In questo senso il finanziamento si pone in stretto rapporto con la finalità di liberare le risorse necessarie: in primo luogo per rendere possibile la soddisfazione integrale ed alla scadenza dei creditori estranei, in secondo luogo per consentire alla società debitrice di realizzare le attività o le operazioni strettamente funzionali a realizzare gli obiettivi dell'accordo.

Ne consegue che il tribunale potrà disporre l'eccezionale trattamento della prededuzione a tali finanziamenti dei soci, solo ed in quanto dal piano e dalla attestazione risulti il loro carattere funzionale alla realizzazione degli obiettivi e delle operazioni previste nell'accordo.

Nel caso in cui tale carattere funzionale e tale finalità non emerga in modo univoco dal testo dell'accordo o del piano o dell'attestazione, nessuna giustificazione potrà trovare la richiesta di ottenere la disposizione della prededuzione nel successivo eventuale fallimento della società.

Come abbiamo già rilevato, la prededuzione non è un diritto che si accompagna come accade per i diritti di prelazione alla causa del credito, bensì è l'effetto della

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

disposizione giudiziale di uno speciale trattamento prioritario del credito rispetto agli altri creditori concorrenti nella eventuale fase del concorso fallimentare.

Come abbiamo visto, all'attribuzione della prededuzione al credito del socio o delle banche finanziatrici corrisponde in pari misura la riduzione della quota destinata alla soddisfazione dei creditori concorrenti, con conseguente riduzione della misura della soddisfazione su cui questi possono fare affidamento.

È evidente, pertanto, che un tale effetto, così incisivo sul diritto di credito degli altri concorrenti, può essere consentito dall'ordinamento solo ed in quanto ricorrano i presupposti di stretta funzionalità con l'attuazione dell'accordo con la conseguenza che, se il finanziamento fosse stato effettuato dal socio al solo fine di realizzare un sostegno alla società che si trova in una situazione di squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure perché la situazione finanziaria della società rende necessario un finanziamento da parte dei soci, essi non costituirebbero presupposti sufficienti per consentire al tribunale la disposizione della prededucibilità.

I creditori fallimentari non possono infatti subire una diminuzione della loro quota di riparto a favore della soddisfazione dei soci, quando il finanziamento che questi effettuano a favore della società risponde ad un interesse sociale circoscritto al rapporto società – socio e non risponde piuttosto all'interesse che intercorre tra la società debitrice ed i creditori, che, appunto, l'accordo di ristrutturazione intende regolare e risolvere con soddisfazione di tutti i creditori: gli estranei perché tutelati dalla legge e gli aderenti perché volontariamente hanno disposto delle modalità quantitative, qualitative e temporali della loro partecipazione alla soddisfazione in concorso con gli altri creditori.

La dimostrazione di funzionalità dei finanziamenti nell'accordo e nel piano, la valutazione di fattibilità dell'esperto e la valutazione del tribunale di funzionalità di tali finanziamenti alla ristrutturazione del debito, unito alla valutazione di idoneità del piano a soddisfare i creditori estranei, *stacca* questa fattispecie di finanziamento del socio per l'accordo di ristrutturazione dalla fattispecie del finanziamento dei soci di diritto comune, che rimane pertanto disciplinata dal citato art. 2467 c.c., con la conseguenza che, nell'eventuale successivo fallimento, al credito del socio che ha operato finanziamenti a favore della società, in assenza di una previsione nell'accordo e di una disposizione nel provvedimento di omologa, dovrà essere applicato il trattamento della postergazione rispetto agli altri creditori di cui gli artt. 2467 e 2497 c.c..

Considerato inoltre che la prededuzione viene riconosciuta dall'art. 182 *quater* non integralmente bensì fino alla concorrenza dell'80% del credito, alla residua parte dovrà essere applicato necessariamente il trattamento della postergazione, secondo la disciplina generale e di diritto comune dell'art. 2467 c.c..

Nel determinare la percentuale di credito per la quale è ammissibile e disponibile da parte del tribunale la prededuzione, l'art. 182 *quater* sembra far riferimento ad un limite massimo, appunto dell'80% (*fino alla concorrenza dell'ottanta per cento del loro*

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

ammontare). Ritengo pertanto che, in sede di accordo di ristrutturazione, i partecipanti all'accordo potrebbero anche determinare in una misura inferiore all'80%, la parte del credito per finanziamenti effettuati dai soci alla società con fine e causa legati all'accordo di ristrutturazione.

È possibile infatti ipotizzare che gli altri partecipanti all'accordo, ad esempio le banche oppure determinate categorie di creditori, quali i fornitori, pretendano dai soci della società debitrice un concreto apporto di liquidità per realizzare l'accordo, ma per i motivi più diversi non siano disponibili a consentire, nel caso di fallimento una soddisfazione in predeuzione, in quanto questo potrebbe incidere sulle aspettative di soddisfazione dei loro stessi crediti nel fallimento consecutivo. Nell'ambito di una possibile trattativa è dunque possibile ipotizzare il raggiungimento di un equilibrio intermedio che limiti la richiesta di predeuzione ad una percentuale più bassa dell'80%, in modo ad esempio uguale o simile o comunque rapportato alla misura di soddisfazione per la quale gli stessi creditori aderenti hanno ritenuto di limitare la loro soddisfazione nell'accordo di ristrutturazione. Se, ad esempio, quest'ultimi rinunciano, nell'accordo di ristrutturazione al 50% del loro credito, e se quindi hanno ragione di immaginare che ancora più bassa potrà essere la percentuale di soddisfazione nell'eventuale successivo fallimento, gli stessi potrebbero pretendere che anche i soci finanziatori debbano limitare la predeuzione entro un certo limite che potrebbe essere, ad esempio, non superiore al 50% o più basso, per evitare vistose diversità di trattamento tra creditori di pari rango e di pari impegno nella costruzione dell'accordo.

Il riferimento all'art. 182 *quater*, l. fall., oltre all'art. 2467 c.c. anche all'art. 2497 *quinquies* c.c., che stabilisce anche per i finanziamenti effettuati da società del gruppo che non partecipino direttamente alla compagine sociale della società cui è destinato il finanziamento, la postergazione rispetto agli altri creditori, consente di comprendere tra i soggetti cui l'accordo di ristrutturazione ed il provvedimento di omologa può riservare il favore della predeuzione nel successivo fallimento, per i finanziamenti effettuati a favore della società debitrice, anche la società che, nell'ambito del gruppo, esercita attività di direzione e coordinamento nei confronti della debitrice, come pure altre società che nell'ambito del gruppo siano chiamate a compiti di sostegno in funzione della conclusione ed omologa dell'accordo di ristrutturazione di una società del gruppo o, come ormai sempre più spesso si verifica nel complessivo accordo di ristrutturazione dell'intero gruppo o dei diversi accordi di ristrutturazione tra di loro collegati e volti nel loro complesso a ristrutturare l'esposizione debitoria dell'intero gruppo.

In ogni caso non vedo contraddizione (come sembra sollevare taluno), nel fatto che la predeuzione venga riconosciuta entro il limite massimo dell'80% e che l'altro 20% debba essere in ogni caso postergato. Non solo in questo modo si conferma la eccezionalità assoluta della predeuzione, ma si conferma la regola generale di diritto comune della postergazione. Il criterio rispecchia la volontà del debitore di *vestire* con

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

una cornice causale sicuramente onerosa l'operazione di finanziamento per il socio. Nella sostanza sembra che la legge abbia voluto consentire al socio l'operazione di finanziamento in una posizione pari a quella riconosciuta alla banca per i già visti finanziamenti ponte ma che abbia appunto a stabilire una onerosità formalmente eventuale ma pressoché certa, del 20% che resta in prededuzione e quindi assai probabilmente insoddisfatto.

La giustificazione della prededuzione risiede in questo caso in modo ancora più evidente nella finalità di rendere possibile la conclusione dell'omologa e la fattibilità dell'accordo di ristrutturazione, in quanto l'intervento della capogruppo o comunque di una società del gruppo che esercita o è strumento della direzione unitaria, si giustifica in vista della realizzazione di un obiettivo, in questo caso di ristrutturazione del debito di parte o dell'intero gruppo. Anche in questo caso sarà comunque necessario che l'accordo preveda il finanziamento e la sua finalità funzionale all'accordo, che l'attestatore ne verifichi la plausibilità e la fattibilità, e che il tribunale, sulla base di una adeguata valutazione, lo disponga nel provvedimento di omologa.

16. Le modalità di conclusione dell'accordo di ristrutturazione.

Come si evince dalla stessa formulazione dell'art. 182 *bis*, l. fall., il testo dell'accordo che il debitore provvede a depositare in Tribunale presuppone la sua preliminare definizione, nonché l'avvenuto raggiungimento dell'adesione da parte dei creditori.

Come noto, e come indicato dalla norma in parola, l'accordo, una volta depositato in Tribunale, deve poi essere iscritto presso il registro delle imprese competente (ovvero quello in cui la società ha la propria sede).

Il secondo comma della norma in esame specifica infatti che *“l'accordo è pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della pubblicazione”*.

Dalla lettura dell'articolo si evince che il deposito in cancelleria debba precedere quello al registro. Nonostante il tenore letterale della norma, taluni ritengono che sia da seguire il percorso inverso, in quanto il Tribunale dovrebbe conoscere l'avvenuto adempimento dell'onere del deposito necessario per la pubblicazione e per rendere efficace l'accordo, che può avvenire attraverso una certificazione di *“avvenuto deposito”* rilasciata dal registro.

Parte della dottrina⁵ addirittura ritiene che qualora il *“ricorso venisse proposto senza la prova dell'avvenuto deposito, il tribunale dovrebbe chiudere immediatamente il giudizio con una pronuncia di inammissibilità”*.

⁵ M. FERRO, *Art. 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2005, 56.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

Al contrario, per averlo riscontrato nella pratica, ritengo che sia preferibile procedere con un preventivo deposito dell'accordo presso la cancelleria del Tribunale competente, affinché questo proceda ad una previa verifica circa la completezza della documentazione, anche al fine di velocizzare il successivo giudizio di omologazione.

Il Tribunale potrà, infatti, già prima del decorso dei trenta giorni decorrenti dalla pubblicazione presso il registro delle imprese, procedere con una prima analisi dell'accordo depositato, eventualmente richiedendo integrazioni con riferimento alla documentazione prodotta, residuando solo in seguito il giudizio relativo alle eventuali opposizioni.

L'iscrizione presso il registro delle imprese svolge una fondamentale funzione di pubblicità, in quanto prodromica a consentire l'esercizio della facoltà di proporre opposizione disposta dalla legge (art. 182 *bis*, quarto comma, 1. fall.) in favore dei creditori non aderenti all'accordo, e ad ogni altro soggetto interessato, nel termine di trenta giorni dall'iscrizione medesima⁶. Proprio a seguito della pubblicazione⁷ nel registro delle imprese l'accordo acquista la sua efficacia.

Il successivo giudizio di omologa del Tribunale deve poi verificare la fondatezza dei requisiti oggettivi e soggettivi, e decidere sulle eventuali opposizioni presentate.

Il Tribunale di Milano⁸ si è recentemente espresso nel senso che: *“Il collegio deve valutare anche il merito del ricorso e soffermarsi sulla concreta attuabilità del piano, intesa come il rispetto coerente degli accordi prospettati sulla base delle concrete prospettive di realizzo basandosi su di un ragionevole grado di monetizzazione con particolare attenzione alla posizione dei creditori estranei all'accordo”*.

Se non ci sono opposizioni il Tribunale provvederà senza instaurare il contraddittorio, verificando comunque il rispetto formale della documentazione presentata e valutando l'esistenza delle risorse da destinare ai creditori estranei. Al contrario, nell'ipotesi in cui vi siano opposizioni, il Tribunale procederà in contraddittorio tra le parti, pronunciandosi con decreto motivato in Camera di Consiglio. Il decreto sarà poi reclamabile avanti alla Corte d'appello, entro 15 giorni dalla pubblicazione nel Registro delle Imprese.

Il tenore letterale della norma potrebbe per assurdo far propendere per un'interpretazione diretta ad affermare che, solo in caso di contestazione, verrebbe ad

⁶ Dal certificato ordinario e dalla visura ordinaria risulterà l'avvenuta pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione, con l'indicazione della data di trascrizione, che determina il momento dal quale cominciano a decorrere i trenta giorni per l'opposizione da parte dei creditori.

⁷ Il termine “pubblicazione” deve intendersi in senso tecnico, come “deposito”, che costituisce dunque il momento di efficacia dell'accordo con riguardo ai creditori che vi abbiano prestato adesione. D'altro canto, la normativa relativa al registro delle imprese non contempla “pubblicazioni”, bensì unicamente iscrizioni o depositi.

⁸ Decreto del Tribunale di Milano depositato in data 23 gennaio 2007.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

innestarsi l'eventuale procedimento di omologazione. In realtà l'omologazione è sempre necessaria, a prescindere dalla presenza o meno di opposizioni affinché l'accordo di ristrutturazione produca gli effetti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera e) l. fall. E' solo con l'omologa infatti che il Tribunale valuta l'attuabilità dell'accordo, e la sua idoneità a consentire il pagamento dei creditori estranei all'accordo rigettato da parte del tribunale.

Sebbene l'art. 182 *bis*, l. fall. non preveda una determinata forma *ad substantiam*, si ritiene la forma scritta in concreto necessaria, stante la sopra richiamata necessità del deposito presso il Registro delle Imprese.

Inoltre, sebbene la normativa in esame non prescriva l'autenticazione delle sottoscrizioni, si ritiene che tale adempimento sia affidato alla discrezionalità del debitore e che ricada su chi ne abbia interesse l'onere di effettuare gli opportuni controlli, oltre che la facoltà di formulare apposite contestazioni aventi ad oggetto l'autenticità dell'adesione da parte di taluni creditori.

Occorre però osservare che la discrezionalità in ordine alla richiesta di autenticazione delle sottoscrizioni è soltanto apparente, in quanto l'autenticità delle medesime, oltre che la relativa certificazione ad opera di un terzo soggetto dotato di siffatto potere⁹, consegue direttamente dall'obbligo della pubblicazione dell'accordo presso il registro delle imprese¹⁰.

La scrittura privata autenticata, peraltro, in virtù di quanto disposto dall'art. 474 c.p.c., acquisisce natura di titolo esecutivo in ordine alle obbligazioni contemplate nell'ambito della medesima aventi per oggetto somme di denaro: ne discende un rafforzamento della tutela del creditore aderente all'accordo, ove questi intenda richiedere l'attuazione del piano nell'ipotesi in cui il debitore non adempia alle obbligazioni assunte mediante l'accordo medesimo.

Vi è da chiedersi però se l'accordo di ristrutturazione dei debiti debba essere anche autenticato nelle sottoscrizioni da parte di un notaio, vista la supposta "necessità insopprimibile di valorizzare la genuinità della manifestazione della volontà dei

⁹ Si ritiene, inoltre, che la funzione di autenticazione non possa essere svolta da parte dell'esperto demandato ad attestare l'attuabilità dell'accordo medesimo, non in quanto non dotato di siffatto potere certificativo, bensì in quanto figura cui il legislatore assegna un compito di natura diversa. Tale funzione, peraltro, non pare possa essere riservata neppure al cancelliere ovvero al conservatore: la relativa esclusione è direttamente consequenziale all'antioriorità dell'accordo sia alla pubblicazione presso il registro delle imprese che al deposito per l'omologa presso il Tribunale.

¹⁰ La giurisprudenza (decreto del Tribunale di Bari del 21 novembre 2005) ha pienamente confermato tale assunto, ritenendo in particolare che "la necessità insopprimibile di valorizzare la genuinità della manifestazione della volontà dei creditori unitariamente al momento della successiva pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese impone che le sottoscrizioni debbano essere autenticate e certificate da un soggetto dotato di tale potere".

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

creditori unitamente al momento della successiva pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese"¹¹. Tale ricostruzione, sostenuta anche in dottrina¹², si fonda sulla necessità di garantire l'autenticità delle sottoscrizioni e la provenienza degli obblighi al fine di assicurare l'effettivo raggiungimento delle maggioranze previste dall'art. 182 *bis*, 1. fall.

La tesi non sembra però del tutto sufficiente a giustificare la necessaria autentica, non tanto per gli inconvenienti pratici e per gli eventuali costi accessori, ma soprattutto perché non vi è nessuna previsione legislativa che imponga l'intervento del notaio¹³.

La necessità dell'intervento notarile ai fini dell'autentica delle sottoscrizioni potrebbe, però, essere fatta discendere dal Regolamento di attuazione in materia di istituzione del registro delle imprese (DPR n. 581 del 7 dicembre 1995) che prevede, all'art. 11, l'autentica quale elemento necessario ai fini dell'iscrizione nel registro delle imprese.

L'art. 182 *bis*, 1. fall. non esplicita però in quale forma debba essere integrata la pubblicazione nel registro delle imprese ed in particolare se si tratti di iscrizione o di deposito¹⁴. Tale imprecisione, per la verità più volte riscontrabile nel nostro ordinamento, impone all'interprete di capire a quale dei due tipi di pubblicazione esistenti gli accordi di ristrutturazione siano soggetti, visto che da tale pubblicazione acquistano efficacia.

Secondo una prima ricostruzione la pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti dovrebbe essere ricondotta all'istituto del "deposito" nel Registro delle Imprese, e dunque senza necessità di autentica delle sottoscrizioni, in quanto sufficiente a garantire una adeguata tutela degli interessi dei creditori estranei. In realtà, allora, sembra possibile ritenere che la pubblicazione nel Registro delle imprese cui fa riferimento l'art. 182 *bis*, quarto comma, 1. fall., sia da intendersi come "iscrizione", posto che la legge ricollega a tale pubblicità una serie di effetti legali, non supportabili da un mero deposito. Sembra allora possibile, proprio in forza delle considerazioni che portano ad affermare che la pubblicazione sia da ricondurre alla forma dell'"iscrizione"

¹¹ Così, testualmente, Trib. Bari 21 novembre 2005, cit. Gli stessi Registri delle imprese, per la verità, non sembrano aver adottato un atteggiamento unanime, differenziandosi da luogo in luogo. Ne dà conto L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo tagliando a tre anni del "decreto competitività"*, loc. ult. cit., nota 28.

¹² Per cui vedasi: G. PRESTI, *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, in *Fall.*, 2006, 174; M. LIBERTINI, *Accordi di risanamento e ristrutturazione dei debiti e revocatoria*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 382.

¹³ In questo senso G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"* a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2008, 589.

¹⁴ Per questa seconda modalità l'art. 14 del DPR n. 581 del 7 dicembre 1995 non fa riferimento alla necessaria preventiva autentica delle sottoscrizioni.

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

nel Registro delle imprese, e visto che possono essere iscritti solo gli atti autenticati nelle firme, sostenere la necessità dell'intervento notarile in funzione di autentica delle sottoscrizioni.

Premesso che molteplici sono le modalità attraverso le quali è possibile addivenire alla formalizzazione dell'accordo nella sua versione definitiva, si intende in questa sede fornire all'interprete un suggerimento concreto, che trova fondamento nell'esperienza pratica e che, ad avviso di chi scrive, pare fra i più soddisfacenti per fornire un temperamento tra le esigenze di certezza e di celerità, in particolare nelle procedure che presentano un maggiore grado di complessità determinato, oltre che dall'intreccio dei reciproci rapporti obbligatori, anche dal cospicuo numero di creditori potenziali aderenti.

La tecnica di conclusione dell'accordo cui si fa in questa sede riferimento è quella attuata mediante scambio di corrispondenza.

Più precisamente essa prevede che si proceda al deposito formale del testo dell'accordo, così come definito tra le parti contraenti, agli atti di un Notaio, in modo tale da conferire certezza circa la definitività del contenuto del contratto. A seguito di tale operazione il documento assumerà così un numero di repertorio e un numero di raccolta, e si potrà così garantire, a tutti i possibili creditori aderenti, la sua conseguente immodificabilità, con l'ulteriore vantaggio di consentire loro di rivolgersi direttamente presso lo studio del Notaio depositario per ottenere una copia conforme all'originale del testo, in modo tale da essere certi in merito al testo sul quale si forma la propria volontà.

Tale procedimento mostra la sua utilità in tutte quelle fattispecie in cui, l'elevato numero di soggetti che dovrebbero prestare la propria adesione all'accordo, e la loro differente collocazione geografica, rende pressoché impossibile l'apposizione contestuale di tutte le sottoscrizioni in calce ad un unico documento. In siffatte situazioni si rende poi opportuno predisporre una serie di lettere, indirizzate a ciascuno dei creditori oblati, contenenti la proposta di conclusione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, il cui testo per comodità non viene allegato (anche alla luce del fatto che esso, unitamente a tutti i relativi allegati, si compone spesso di un elevatissimo numero di pagine), ma viene semplicemente identificato con una *relatio* formale al contenuto del documento depositato agli atti del Notaio.

A tale proposta, parimenti depositata agli atti di un Notaio, per le medesime ragioni di opportunità sin qui descritte, seguiranno le accettazioni dei singoli creditori oblati.

Sia la proposta che le accettazioni dovranno presentare un'autentica notarile delle sottoscrizioni, al fine di assolvere all'onere di forma necessario alla luce del successivo deposito presso il registro delle imprese, per le predette motivazioni.

Non minor rilevanza riveste poi il profilo fiscale.

L'accordo di ristrutturazione non ha costituito oggetto di autonomo interesse da parte del legislatore "tributario" e ciò appare logico alla luce di quanto si è detto sopra

RELAZIONI A CONVEGNI

GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

in merito alla estrema varietà di contenuti che può assumere il contratto di cui all'art. 182 *bis*, l. fall., il quale si presenta più come un “contenitore vuoto”, idoneo ad essere “riempito” con i contenuti più vari, ossia uno schema negoziale piuttosto che un tipo contrattuale autonomo.

Senza voler occuparsi in questa sede dei riflessi fiscali dell'istituto, si ritiene sufficiente precisare che, al fine di stabilire i profili relativi alla sua tassazione si renderà pertanto necessario esaminarne, caso per caso, il contenuto, al fine di verificare se l'accordo stipulato sia in concreto soggetto ad imposizione in misura fissa, ovvero proporzionale, senza poter *ex ante* effettuare generalizzazioni con riferimento all'istituto *de quo*.

In ogni caso la questione pare potersi considerare efficacemente superata seguendo la modalità di conclusione attraverso scambio di corrispondenza, posto che, ai sensi dell'art. 1 della Tariffa parte seconda, allegata al testo unico n. 131 del 26/04/1986 in tema di imposta di registro, i contratti conclusi attraverso tale modalità sono soggetti a registrazione solo in caso d'uso¹⁵.

¹⁵ Il tema è assai semplificato nelle ipotesi in cui la ristrutturazione avvenga esclusivamente in ambito bancario, in quanto, ove l'accordo di ristrutturazione possa essere ricondotto ad una mera ristrutturazione di operazioni di finanziamento bancario, riconducibile a finanziamenti a medio lungo termine, per tali operazioni può venire in aiuto la previsione di cui all'art. 15 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 601, che prevede l'esenzione dall'imposta di registro, dall'imposta di bollo, dalle imposte ipotecarie e catastali e dalle stesse sulle concessioni governative.

INTERVENTO

L'ORGANIZZAZIONE INTERNA DELLA BANCA A FRONTE DELLA NUOVA DISCIPLINA

L'Autore riferisce delle strutture ad hoc istituite presso la banca in cui opera al fine di gestire gli imprenditori in stato di crisi.

di **MASSIMO PASQUALI**

Il nostro ruolo è estremamente operativo: ci relazioniamo quotidianamente con imprenditori e *top manager*, cercando insieme a loro di favorire lo sviluppo e la crescita delle aziende.

La Banca che rappresento è una realtà con forte presenza territoriale nel nostro Paese ed è una Banca che, anche per questo, sostiene il buon esito dell'economia italiana, economia costituita dalla validità e vitalità delle aziende che la rappresentano.

In Intesa Sanpaolo accompagniamo le aziende in ogni loro fase:

- Crescita e maturità
- Consolidamento
- Declino / ristrutturazione

Ci tengo a sottolineare la nostra presenza in ognuna di queste tre fasi. A tal proposito, in controtendenza rispetto ai dati di attualità, lo spaccato della nostra Direzione da settembre 2011 a settembre 2012 presenta una crescita degli impieghi pari all'1,7% al netto degli ammortamenti e, rispetto all'area che io rappresento, addirittura del 3,3%, a dimostrazione di una vitalità e di una presenza importante in questa regione del Paese.

Se dunque c'è una grande attenzione a questa parte operativa, altrettanta attenzione viene riservata alla fase della ristrutturazione e del declino. A tale proposito la nostra Banca ha creato delle strutture *ad hoc*:

- *Special Situations*: gli imprenditori spesso arrivano con grande ritardo ad individuare le proprie difficoltà. Per favorire questo tipo di fase estremamente delicata, dove anche i professionisti devono giocare un ruolo fondamentale, noi abbiamo creato una struttura specifica che chiamiamo appunto "Special Situations" che cerca, quando ancora le aziende sono in bonis, ma comunque già evidenziano dei sintomi di difficoltà, di affiancare le aziende stesse e per riportarle, dove riusciamo, insieme all'imprenditore stesso, professionisti e *advisor* che lo accompagnano, a riprendere quota e quindi ripartire.

INTERVENTO

- Crediti Problematici: sempre più spesso le banche sono chiamate a gestire queste particolari situazioni finanziarie che possono coinvolgere l'avvio di una procedura o di una situazione precedente, gestione per noi non facile poiché la legislatura ci pone di fronte a situazioni burocratiche particolari. E' per questo motivo che la Banca si è dotata ormai da tempo di questa struttura estremamente importante, in quanto tutto ciò che riguarda questo ambito deve essere maneggiato con cura e gestito con estrema attenzione, avvalendosi altresì sia di legali interni che esterni.

A tal proposito, l'emanazione del concordato di continuità, entrato in regime nel mese di settembre, sta creando qualche difficoltà: sia perché è una normativa nuova, sia perché fonte di un'incertezza interpretativa. Tutto ciò sta certamente generando delle complicazioni, avendo la Banca già un certo numero di casi da dover gestire.

Alla domanda "come si comporta la Banca nel prendere atto di una istanza di concordato di continuità?" non possiamo dare una risposta generale, ma bisogna valutare caso per caso cosa realmente si possa fare sulle eventuali linee di credito in essere. La Banca cerca sicuramente di dare la continuità all'azienda che si trova in questo stato di crisi e lo deve fare con la massima attenzione e tutela, valutando quale sia la migliore strategia e il miglior modo di gestire il tutto per ogni situazione.

Aggiungo che il tempo, in questa situazione di crisi, è un elemento fondamentale per il successo delle azioni proposte: bisognerebbe guadagnarlo individuando la crisi per tempo. Sarebbe fondamentale che l'azienda, affiancata dai professionisti incaricati, riuscisse a presentare la documentazione richiesta dal tribunale e dai creditori tutti per permettere agli stessi soggetti di valutare tutte le soluzioni possibili per tentare di far uscire la società dalla situazione di crisi.

Concludo sottolineando anche l'importanza dello "stato emotivo" all'interno delle banche. Nell'attuale congiuntura l'obiettivo è gestire col nostro maggior impegno questa attività dell'erogazione del credito.

Vogliamo essere vicini alle imprese, vogliamo essere promotori della crescita delle imprese e quindi della crescita italiana, ma vorremmo anche avere degli strumenti adeguati, nonché una giusta interpretazione di questi affinché non diventino troppo invasivi.

TERZIETÀ DELL'ATTESTATORE

L'Autore esamina lo "statuto" del professionista attestatore, soffermandosi in particolare sul requisito della "terzietà".

di **ENRICO STASI**

Non v'è dubbio che uno degli aspetti più qualificanti della riforma del 2012 sia costituito dalle novità introdotte in tema di "statuto" del professionista attestatore. Ed invero, l'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (c.d. "decreto sviluppo"), convertito con modificazioni nella l. 7 agosto 2012, n. 134, non soltanto ha introdotto nuove ipotesi di attestazione, ma ha anche provveduto, da un lato, a specificare i compiti e le responsabilità di ordine penale dell'attestatore, prevedendo un'apposita figura di reato, e, dall'altro, a prescrivere i requisiti di indipendenza che quest'ultimo deve possedere.

Il nuovo art. 67, 3° co., lett. d) l. fall., infatti, dopo avere definitivamente chiarito che la nomina dell'esperto attestatore è riservata, in via esclusiva, al debitore, richiede espressamente che il soggetto da costui prescelto, oltre ad essere iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti soggettivi di professionalità e preparazione tecnica di cui alle lett. a) e b) dell'art. 28 l.fall. per la funzione di curatore, si trovi in una situazione di indipendenza, vista quale presupposto indispensabile per un corretto esercizio delle funzioni di certificazione previste dalla legge. Ed in tale ottica la disposizione novellata precisa che *"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 dell'articolo 2399 del codice civile 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"*.

E' bene subito precisare, al riguardo, che, in virtù del rimando al 3° co. lett. d) dell'art. 67 cit., le medesime cause impediendo valgono anche per i professionisti stimatori di cui agli artt. 124, 3° co., e 160, 2° co., l.fall.

D'ora in avanti, per semplicità di esposizione, parlerò del solo attestatore, restando però inteso che analoghe considerazioni valgono anche per lo stimatore.

Ciò premesso ed iniziando, come mi sembra preferibile, dai requisiti specifici di incompatibilità (trattasi più precisamente di requisiti negativi), la cui presenza configura una presunzione assoluta di mancanza di indipendenza, il richiamo alle disposizioni

RELAZIONI A CONVEGNI

LA TERZIETÀ DELL'ATTESTATORE

dettate dall'art. 2399 c.c., ed in particolare alle cause tipiche di incompatibilità sancite dal primo comma lett. a) e b), non pone particolari problemi interpretativi, risultando pacifico che non possono assumere l'incarico di attestatore i soggetti che si trovano nelle condizioni previste dall'art. 2382 c.c., vale a dire gli interdetti, gli inabilitati, i falliti e coloro i quali siano stati condannati ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi. Parimenti, non possono svolgere tale funzione il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado del debitore o degli amministratori della società debitrice, nonché gli amministratori ed i soggetti legati da rapporti di parentela, coniugo ed affinità entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo.

Analogo divieto sussiste, in virtù di un'interpretazione estensiva della norma, sicuramente consentita anche in presenza di norme eccezionali, per il coniuge, parenti ed affini dei liquidatori.

Meno semplice si presenta, invece, l'esegesi del precetto dettato dalla lett. c) dell'art. 2399 c.c. e ciò in ragione del fatto che la nuova norma fallimentare disciplina essa stessa, in termini parzialmente difformi e assai più severi, alcune delle ipotesi di incompatibilità prese in considerazione dalla norma codicistica. Ed infatti, a differenza di quest'ultima previsione, che parla di rapporti di lavoro e di rapporti continuativi di consulenza e di prestazione d'opera retribuita e che attribuisce rilievo solamente ai rapporti in corso al momento del conferimento dell'incarico, la disposizione della legge fallimentare, ricalcando la statuizione contenuta nella lett. c) del terzo comma dell'art. 148 d.lgs. n. 58/1998, oltre a fare più generico riferimento alle prestazioni di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, per un verso non richiede il requisito della continuità e, per altro verso, dichiara incompatibili anche coloro i quali abbiano reso nei cinque anni precedenti prestazioni professionali, prevedendo quale ulteriore fattore impediente l'assunzione di cariche sociali nella società incaricante.

A parte le differenze terminologiche, da cui non sembra discendere alcuna apprezzabile conseguenza sul piano giuridico, a me pare che una lettura coordinata dei due testi normativi consenta di giungere alla conclusione che non possono assumere l'incarico di attestatore coloro i quali, anche per il tramite di soggetti con cui sono uniti in associazione professionale¹ prestino o abbiano prestato nei cinque anni precedenti attività di lavoro dipendente o autonomo, anche in via occasionale, in favore dell'impresa nominante o delle società appartenenti al medesimo gruppo, ovvero partecipato agli organi di amministrazione e di controllo delle stesse. Ed alla stessa conclusione mi sembra si debba pervenire, in base all'ultima parte della lett. c) dell'art.

¹ Ma lo stesso principio dovrebbe valere anche per le attività professionali svolte in forma societaria, a meno che non si tratti di "società di mezzi", costituite al solo scopo di ripartire le spese legate alla comune organizzazione.

RELAZIONI A CONVEGNI

LA TERZIETÀ DELL'ATTESTATORE

2399 c.c., nel caso in cui il potenziale esperto, o coloro con i quali questi sia unito in associazione professionale, intrattenga, o abbia intrattenuto nei cinque anni precedenti, con l'impresa nominante o con gli altri soggetti dianzi indicati, “*altri rapporti di natura patrimoniale*” idonei a comprometterne l'autonomia, ove l'aggettivo “*altri*” sembra doversi interpretare nel senso di rapporti patrimoniali diversi da quelli di lavoro subordinato e autonomo precedentemente indicati (ad esempio: rapporti di finanziamento, rapporti di fornitura di beni di rilevante consistenza economica; rapporti di partecipazione nella società nominante).

Naturalmente, le condizioni che rendono un rapporto patrimoniale in grado di compromettere l'indipendenza dell'esperto dovranno essere accertate caso per caso, non essendo previsto a livello normativo alcun parametro di carattere quantitativo.

Come si è già accennato, il sistema delle incompatibilità si chiude con una previsione di carattere residuale che dichiara incompatibile con la funzione di attestatore chi sia “*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*”.

L'ampia formulazione del precetto consente di assorbire le cause di incompatibilità del revisore sancite dall'art. 39 del d.p.r. n. 99/1998, ed ora dagli artt. 10 e 17 d.lgs. n. 39/2010, nonché di superare tutte le lacune ed incertezze interpretative insite in un approccio di tipo rigido e formalistico come quello che caratterizza il disposto del primo comma, lett. b), dell'art. 2399 c.c.

Al riguardo, una prima notazione concerne il fatto che la norma pare attribuire rilievo non soltanto ai rapporti in corso al momento del conferimento dell'incarico, ma pure a quelli esauriti allorché siano ancora in grado di minare l'indipendenza del soggetto designato. Un secondo rilievo riguarda la presenza, nel testo normativo, della congiunzione “*e*”, che va intesa in senso alternativo e non cumulativo.

Ciò premesso, va subito rilevato come, grazie alla genericità del dettato legislativo, possono ritenersi compresi nella sfera di applicazione del divieto, oltre alle situazioni previste dagli artt. 51 e 63 c.p.c. sulle incompatibilità del giudice e del c.t.u.², tutti quei vincoli personali o professionali che, secondo la prevalente dottrina commercialistica, normalmente sfuggono alla portata precettiva dell'art. 2399 c.c., vale a dire le relazioni familiari di mero fatto, nonché i rapporti di amicizia, familiarità, consulenza, anche gratuita, ecc. con l'imprenditore, gli amministratori, lo staff dirigenziale dell'impresa, il socio di controllo o di riferimento persona fisica (e se questa fosse una persona giuridica, con i suoi organi dirigenti). Ed è inoltre possibile ricomprendere, in base al dato testuale della norma, anche i rapporti dello stesso tipo intrattenuti con l'*advisor* che ha redatto il piano che l'asseveratore deve controllare,

² LENOCI, *Ruolo e responsabilità dell'esperto*, in www.iffallimentarista.it; LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, in *Il civilista*, Milano, 2012, 15.

RELAZIONI A CONVEGNI

LA TERZIETÀ DELL'ATTESTATORE

nonché con i creditori coinvolti nell'operazione di risanamento.

Anche in questi casi occorrerà verificare l'idoneità in concreto del rapporto ad incidere negativamente sull'indipendenza dell'attestatore, il che implica l'attribuzione all'autorità giudiziaria di penetranti e pervasivi poteri di indagine sulle caratteristiche del rapporto stesso.

A questo punto ci si può domandare se l'incompatibilità sancita dall'art. 67, lett. d) l.fall. per il prestatore di lavoro autonomo, possa estendersi anche all'esperto che, nei cinque anni precedenti, abbia attestato un piano di risanamento predisposto dal debitore incaricante o da altra società del gruppo.

A tale quesito alcuni dei primi commentatori hanno fornito una risposta negativa sulla base del rilievo che l'attività dell'attestatore, ancorché resa nell'ambito di un rapporto di lavoro autonomo, è di per sé svolta in posizione di indipendenza³. A me pare, tuttavia, che tanto la lettera quanto la *ratio* della disposizione in discorso rendano preferibile la soluzione opposta, salvo si tratti di prestazione resa nell'ambito di un contratto unitario, come nei casi di gruppi di imprese o di relazione integrativa redatta ai sensi dell'art. 161, 3° co., l.fall., a seguito di modifiche sostanziali dell'originaria proposta o del piano.

Il rinvio all'art. 2399 c.c., nella sua interezza, comporta l'applicabilità anche della disposizione dettata dal secondo comma in tema di decadenza dalla carica sindacale, con l'ovvia conseguenza che i requisiti di indipendenza (al pari dello *status* di revisore legale nonché dei requisiti di idoneità tecnica di cui all'art. 28, lett. a) e b) l.fall.), oltre a sussistere nel momento della nomina, debbono permanere per tutta la durata dell'incarico e fino al momento del rilascio dell'attestazione

Il nuovo testo dell'art. 67, 3° co., lett. d), l.fall. non indica le conseguenze di un'attestazione resa da un professionista privo dei requisiti di indipendenza.

Al riguardo, va anzitutto precisato che, sia sul piano dei doveri d'informazione propri della deontologia professionale, sia sul piano dei doveri d'informazione nascenti dal principio di buona fede (operante - come è noto - sia in ambito contrattuale che in ambito extracontrattuale⁴), il professionista ha l'obbligo di comunicare all'impresa nominante le cause di incompatibilità, che non sempre possono essere da essa conosciute o conoscibili. E lo stesso obbligo egli ha (attraverso la relazione di attestazione) nei confronti degli altri soggetti interessati allorché ritenga tali cause inidonee ad influire negativamente sulle sue valutazioni e decida, pertanto, di accettare l'incarico.

Ciò detto, se nessun dubbio si può nutrire sul fatto che l'esperto possa essere

³ Cfr. LAMANNA, *op. cit.*, 18; QUATROCCHIO-RANALLI, *Il concordato in continuità e il ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di best practice*, in www.ilfallimentarista.it.

⁴ Cass., 4 maggio 2009, n.10182, in *LaLeggeplus*;

RELAZIONI A CONVEGNI

LA TERZIETÀ DELL'ATTESTATORE

chiamato a rispondere civilisticamente per i danni patrimoniali arrecati al soggetto nominante, ai creditori ed ai terzi⁵ più problematico appare, invece, il compito di stabilire a quale tipo di invalidità dia luogo l'attestazione resa da un professionista non indipendente⁶.

Poiché la norma che fissa i requisiti di indipendenza ha – senza alcun dubbio – carattere imperativo, si dovrebbe parlare, alla stregua dei principi generali, di nullità del contratto concluso tra il debitore ed il professionista e, di riflesso, di nullità dell'attestazione da quest'ultimo rilasciata, con l'effetto di rendere annullabili, per vizio del consenso (*sub specie* di dolo), gli accordi stipulati, ai sensi degli artt. 67, 3° co., lett. d), e 182-*bis* l.fall., con i creditori ed i terzi in base ad una relazione attestativa viziata. Mentre, allorché l'attestazione viziata abbia ad oggetto il piano di cui all'art. 160 l.fall. penso che si dovrebbe configurare un'ipotesi di inammissibilità della domanda rilevabile d'ufficio dal Tribunale al momento dell'esame del ricorso ovvero, se successivamente scoperta, mediante l'attivazione della procedura ex art. 173 l.fall. ad opera del commissario giudiziale o in sede di omologazione ex art. 180 l.fall. Infine, dopo l'omologazione, i soli rimedi possibili dovrebbero essere, laddove ricorrano i presupposti sanciti dagli artt. 186, 137 e 138 l.fall., l'annullamento o la risoluzione del concordato.

Resta da spendere qualche parola conclusiva sulla responsabilità penale dell'attestatore, non senza prima rilevare l'incomprensibile esclusione dall'area applicativa dell'art. 236-*bis* l.fall. (salvo il caso di concorso) dell'esperto stimatore di cui agli artt. 124, 3° co., e 160, 2° co., l.fall., a meno di non interpretare tale circostanza come conferma della volontà del legislatore di non attribuire rilevanza penale ai giudizi estimativi dei dati aziendali, ma mi sembra un'ipotesi interpretativa ben poco plausibile.

Ciò chiarito e precisato, vi è da domandarsi se incorra in responsabilità penale ex art. 236-*bis* l.fall. il professionista che nella relazione attestativa dichiara falsamente di non trovarsi in una delle situazioni di incompatibilità previste dalla lett. d) dell'art. 67 l.fall., ovvero ometta tale informazione, della cui rilevanza, ai fini delle decisioni che il

⁵ Rammento che secondo un'opinione che va raccogliendo sempre maggiori consensi l'esperto risponderebbe a titolo di responsabilità contrattuale, oltre che verso il debitore nominante, anche nei confronti di talune categorie di creditori e dei terzi che si siano determinati alla negoziazione proprio in considerazione di quanto previsto nel piano da lui attestato e ciò non già in base ad un preesistente rapporto obbligatorio, bensì di un "contatto sociale" (FORTUNATO, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2009, 889 ss.; PANZANI, *L'insuccesso delle operazioni di risanamento delle imprese in crisi e le responsabilità che ne derivano*, in *Crisi di imprese: casi e materiali*, a cura di F. Bonelli, Milano, 2011, 181 ss.; A. PATTI, *I diritti dei creditori nel nuovo concordato preventivo*, in M. Fabiani - A. Patti, (a cura di), *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare. Scritti in onore di G. Lo Cascio*, Milano, 2006, 280..

⁶ Fra i primi ad affrontare questo tema LAMANNA, *op. cit.*, 19.

RELAZIONI A CONVEGNI

LA TERZIETÀ DELL'ATTESTATORE

Tribunale, i creditori ed i terzi toccati dal piano debbono assumere, non credo si possa dubitare⁷.

La lettera della legge, che parla - forse troppo genericamente - di “*informazioni*”, parrebbe suggerire una risposta affermativa; e una simile chiave di lettura potrebbe sembrare finanche coerente con l'intenzione di tutelare non solo il diritto ad un'informazione corretta ma anche, e prima ancora, l'interesse dello Stato al corretto funzionamento degli istituti di composizione negoziale della crisi. In senso opposto si potrebbe tuttavia sostenere che, nell'ottica dell'art. 236-*bis*, le informazioni rilevanti siano solamente quelle che provengono dall'impresa nominante e che, ai sensi delle norme ivi menzionate⁸, debbono formare oggetto di attestazione, tra cui non rientrano i requisiti dell'esperto. E per avvalorare questa interpretazione, peraltro in linea con la visione corrente della sanzione penale come *estrema ratio*, si potrebbe ancora invocare la prescrizione dell'art. 27 d.lgs. n. 39/2010, che attribuisce rilevanza penale soltanto alle falsità contenute nelle relazioni o in altre comunicazioni delle società di revisione aventi ad oggetto la situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società, ente o soggetto sottoposto a revisione.

Ma sarà la prassi a fornire la corretta chiave di lettura dell'art. 236-*bis* l.fall. per questo verso.

⁷ Si pensi al caso dell'amico fraterno del debitore che venga chiamato a certificare il piano.

⁸ Vale a dire, artt. 67, 3° co., lett. d), 161, 3° co., 182-*bis*, 182-*quinqüies* e 186-*bis* l.fall.

RELAZIONI A CONVEGNI

LE ESPERIENZE STRANIERE

La relazione offre alcuni spunti critici nella prospettiva dell'imminente riforma del Regolamento europeo sull'insolvenza transfrontaliera.

di **LUCIANO PANZANI**

Ci occupiamo oggi della disciplina dell'insolvenza transfrontaliera in Europa avendo come punto di riferimento l'imminente riforma del Regolamento europeo sull'insolvenza transfrontaliera, il Regolamento 1346/2000 che è in corso. Lo stesso Regolamento ha previsto la sua revisione alla scadenza dei dieci anni dalla sua entrata in vigore. E lo facciamo con due esperti della materia, il giudice Case della Bankruptcy Court di Phoenix – Arizona e il prof. Alberto Mazzoni, professore di diritto del commercio internazionale presso l'Università Cattolica di Milano e presidente di Unidroit.

Il motivo per cui abbiamo chiesto al giudice Case di offrirci il suo punto di vista, oltre che per le sue indiscusse qualità di esperto della materia, sta nel fatto che le diverse e variegata opinioni che sono state espresse sul tema della riforma risentono in misura rilevante dei diversi interessi dei vari Stati europei membri dell'Unione e che quindi ci è parso opportuno sentire la voce di chi non è portatore di interessi specifici. Va aggiunto che su uno dei temi più controversi, la revisione della nozione di COMI, vale a dire del *centre of main interests* del debitore, che determina la competenza dello Stato membro abilitato all'apertura della procedura concorsuale valida in tutto il territorio dell'Unione, il giudice Case può parlare con l'esperienza del diritto americano perché la medesima nozione di COMI è stata adottata dalla Model Law approvata dall'Uncitral e recepita dagli Stati Uniti nel Chapter 15 del Bankruptcy Code. La medesima norma viene dunque utilizzata tanto nell'Unione Europea quanto negli Stati Uniti quanto negli altri Paesi che hanno recepito la Model Law senza essere membri dell'Unione Europea.

Il procedimento di revisione del Regolamento europeo è in corso¹. Il Parlamento Europeo ha approvato una risoluzione contenente varie raccomandazioni, che a loro volta riflettono il risultato di lavori precedentemente svolti da commissioni del Parlamento stesso. Inoltre la Commissione Europea ha selezionato un gruppo di 25 esperti. Ulteriore attività di studio è stata affidata ad alcune Università europee, tra cui quelle di Vienna ed Heidelberg con cui sono in contatto anche professori universitari

¹ La proposta di revisione del Regolamento è stata approvata dalla Commissione il 12 dicembre 2012 e sta seguendo l'*iter* presso il Parlamento e il Consiglio Europeo.

RELAZIONI A CONVEGNI

PROFILI COMPARATIVI

italiani. Vi sono poi iniziative assunte da vari gruppi di professionisti ed esperti interessati al tema. A tale proposito va ricordato che Insol Europe ha presentato un vero e proprio articolato, soprattutto per quanto concerne la disciplina di gruppo, e che, all'interno di Insol Europe, la Judicial Wing, di cui faccio parte, ha proposto un articolato che riguarda la revisione dell'art. 31 del Regolamento sulla cooperazione tra giudici di Stati membri diversi e tra curatori ed amministratori di società sottoposte a procedura in Stati membri diversi.

Non intendo sostituirmi ai relatori nella trattazione dei vari temi, anche se indubbiamente la tentazione è forte. Mi vorrei limitare ad elencare quelli più caldi. Tra di essi vi è certamente come ho detto la revisione della nozione di COMI e la decisione, fondamentale, se il COMI debba essere utilizzato come avviene oggi soltanto per stabilire quale sia la procedura principale relativa ad un'unica società o se ad esso possa farsi ricorso anche al fine di determinare un unico Stato e giudice competente nel caso in cui sia questione di un gruppo di società. Sul tema, sul quale sicuramente si soffermerà il prof. Mazzoni, la giurisprudenza della Corte di Giustizia con le note sentenze Eurofood ed Interedil è stata a mio avviso deludente, nel senso che ha chiuso la porta alla possibilità di stabilire la competenza del giudice competente per la società capogruppo anche per le società controllate. Il risultato è stato una vera e propria ribellione dei giudici nazionali alla giurisprudenza della Corte, nel senso che di fatto i giudici francesi, ma non solo i francesi, hanno ritenuto di aprire procedure nel loro Paese anche quando l'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia della nozione di COMI non lo consentiva. Più in generale va osservato che attualmente nell'Unione il ricorso al *forum shopping* per ricorrere a giurisdizioni più favorevoli alla ristrutturazione di quella domestica è elevato. Le giurisdizioni preferite dagli operatori sono quella inglese, dove il giudice tradizionalmente non interferisce con le iniziative del debitore se non gli è richiesto di provvedere da parte dei creditori e dove i *practitioners* sono molto competenti ed affidabili, anche se costosi, e quella francese dove la *procedure de sauvegarde* consente la ristrutturazione in termini efficienti e con costi inferiori rispetto a quelli di altri Paesi. Vi è tra gli operatori chi teorizza il *forum shopping* come strumento che consente di trovare la soluzione più adatta per la ristrutturazione, caso per caso, e chi distingue tra il *forum shopping* buono, che appunto ha questa finalità, ed il *forum shopping* "cattivo" che tende a frodare i creditori. Si dimentica sovente in questa prospettiva che il *forum shopping* danneggia i creditori deboli che non hanno i mezzi e le possibilità per tutelarsi in modo adeguato davanti ad una giurisdizione straniera e che il IV *considerando* del Regolamento, nel testo vigente, non ammette il *forum shopping*.

Vi sono stati che hanno rilevanti problemi di "fuga" dalla loro giurisdizione come la Germania che vede preferiti ai suoi giudici quelli inglesi, con reazioni dei primi che in qualche caso hanno invocato la clausola dell'ordine pubblico prevista dal Regolamento per rifiutarsi di dare attuazione alla sentenza straniera, o la Polonia, che

RELAZIONI A CONVEGNI

PROFILI COMPARATIVI

vede preferita alla propria giurisdizione quella tedesca. L'Italia al momento non si rende molto conto del problema perché sono poche le insolvenze di grandi dimensioni che richiedono effettivamente un serio tentativo, non nominale, di ristrutturazione. Aggiungerei che il Ministero della Giustizia non si è particolarmente attivato sul punto.

Un secondo tema che sicuramente dovrà essere affrontato nella revisione del Regolamento riguarda la collaborazione tra giudici e amministratori di Paesi diversi. I due argomenti della disciplina dell'insolvenza di gruppo e delle *Court to Court communications* sono strettamente connessi. A livello Uncitral infatti, ma anche in altre sedi e penso agli studi che sono stati fatti in seno all'International Insolvency Institute, prevale oggi l'opinione che non sia possibile una gestione coordinata dell'insolvenza di gruppo su base autoritativa, vale a dire fondata su un criterio di collegamento che dia la preminenza alla giurisdizione di uno Stato nel disciplinare e regolare le procedure di tutte le società del gruppo. Le gelosie tra i vari Stati ed anche la difficoltà obiettiva di individuare la capogruppo, soprattutto nei grandi gruppi internazionali che presentano holding e subholding, suggerisce invece di addivenire alla stipulazione di protocolli di collaborazione tra le varie società su base volontaria. In tale ottica le *Court to Court communications* divengono indispensabili e l'attuale disciplina comunitaria meriterebbe di essere rivista e migliorata. Pare invece, almeno a giudicare dalle dichiarazioni rese da autorevoli esponenti della Direzione Generale Giustizia della Commissione europea, che non vi sia spazio per la *consolidation* delle società del gruppo insolvente, secondo una visione che è molto cara agli americani e che ha fatto qualche breccia nei lavori dell'Uncitral.

Non vi sono evidentemente soltanto questi temi. Fondamentale è la revisione delle procedure d'insolvenza di ciascun Stato membro che sono riconosciute dal Regolamento comunitario come vincolanti in ogni altro Stato membro. A tale proposito si tratta non soltanto di rivedere l'elenco delle procedure di ogni Stato che costituisce l'Allegato A al Regolamento, ma i criteri generali che presiedono al riconoscimento delle procedure che possono essere inserite nell'allegato. Il tema riguarda essenzialmente le procedure di ristrutturazione e quelle che vengono definite di *pre-insolvency*, vale a dire che consentono di intervenire anticipatamente come appunto la *procedure de sauvegarde* francese. Ed ancora si discute delle *hybrid procedures*, vale a dire quelle soluzioni a metà tra la soluzione consensuale della crisi tra debitore e creditori e la procedura concorsuale di ristrutturazione in senso proprio, fondate sul consenso di una minoranza di creditori (ad esempio le banche) e la finale approvazione da parte del giudice. I nostri accordi di ristrutturazione sono un esempio di tale tipo.

Ancora occorre rivedere la funzione e la necessità delle procedure secondarie che possono essere aperte in ogni Stato membro. Tali procedure, che taluno vorrebbe sopprimere, sono indispensabili per offrire adeguata tutela ai creditori ipotecari e privilegiati che sono tali soltanto secondo la legge dello Stato in cui si apre la procedura, perché altrimenti dovrebbe applicarsi la legge dello Stato della procedura principale.

RELAZIONI A CONVEGNI

PROFILI COMPARATIVI

Sarebbe peraltro giusto consentire che la procedura secondaria possa avere finalità di ristrutturazione e non soltanto liquidatorie, come è previsto oggi, ovvero escludere la possibilità di procedura secondaria quando la procedura principale abbia finalità di ristrutturazione.

E' inutile dire che la revisione del Regolamento apre la strada a proposte che riguardano tanti altri temi, tra i quali ricordo la revisione della disciplina delle azioni revocatorie, che la giurisprudenza della Corte europea ha ritenuto rientrare nella competenza del giudice dello Stato in cui è stata aperta la procedura principale anche quando il convenuto sia residente in altro Stato membro, delle azioni c.d. *in rem*, della disciplina lavoristica dove vi è un forte contrasto tra le normative comunitarie in tema di conservazione dei posti di lavoro in caso di cessione di azienda e le necessità che sorgono in caso di ristrutturazione. Per quanto concerne le azioni revocatorie l'art. 13 del Regolamento esclude l'applicazione della legge dello Stato in cui è stata aperta la procedura quando è possibile provare che l'atto pregiudizievole è soggetto alla legge del contratto di uno Stato contraente diverso da quello di apertura e che tale legge non consente di impugnare tale atto con alcun mezzo. E' stato proposto di abolire tale eccezione o comunque di ridimensionarla. Ho accennato alle azioni *in rem*. L'art. 5 del Regolamento stabilisce che l'apertura della procedura di insolvenza non pregiudica il diritto reale del creditore o del terzo sui beni materiali immateriali, mobili o immobili, siano essi beni determinati, universalità di beni indeterminati variabili nel tempo, di proprietà del debitore che al momento dell'apertura della procedura si trovano nel territorio di un altro Stato membro. L'interpretazione della norma ha sollevato numerosi problemi, primo tra i quali quello della nozione di *right in rem* e quindi se esso faccia riferimento soltanto ai diritti reali di garanzia o anche a diritti a carattere obbligatorio che diano luogo ad un diritto di ritenzione della cosa, ivi compreso il lease-back. Vi è poi la questione di stabilire per i diritti su beni immateriali o crediti quando essi si possano ritenere situati nel territorio di un altro Stato membro, anche se in proposito può soccorrere l'art. 2, lett. g) del Regolamento. La questione più importante è se l'art. 5 protegge il diritto di garanzia o il credito garantito. Nel primo caso un piano di concordato efficace in tutti gli Stati membri vincolerà anche il creditore garantito. Come si vede si tratta di questioni di rilevante importanza che, tuttavia, sono meno centrali di quelle cui ho fatto cenno in precedenza.

Ancora va aggiunto che molti insistono per l'istituzione di un Registro generale europeo delle procedure concorsuali, che riguardi anche i procedimenti pendenti. Va infatti sottolineato che per alcuni ordinamenti la procedura è aperta per il solo fatto che il debitore o il creditore abbia presentato un'istanza in tal senso e per altri, come quello italiano almeno sino all'introduzione del pre-concordato, occorre invece un provvedimento giudiziale di ammissione, cui è subordinata l'efficacia nell'intero territorio europeo.

RELAZIONI A CONVEGNI

PROFILI COMPARATIVI

Gli obiettivi generali su cui tutti concordano sono: incoraggiare l'efficienza delle procedure, facilitare la ristrutturazione ed il recupero delle imprese in crisi, incoraggiare la certezza del diritto, adattare il Regolamento alle linee di sviluppo della disciplina dell'insolvenza che sono comuni ai vari ordinamenti nazionali, assicurare un'equa ed efficiente gestione delle insolvenze transnazionali garantendo la protezione dei creditori, del debitore e di tutti i soggetti interessati. Si tratta di vedere se e quanto questi comuni obiettivi verranno realizzati.

REFORM OF THE EUIR: THE US PERSPECTIVE

La relazione si focalizza sui contenuti noti della riforma dell'EuIR, mettendoli in relazione con l'esperienza statunitense.

by **CHARLES G. CASE II**

1. Reform of the EuIR: the US perspective¹.

The actual details of reform of the EuIR are currently unknown, therefore my focus will be on likely areas of reform and to consider what the US experience has been in similar cases².

As for the likely areas of reform, my guess is not as good as yours but here is what the literature tells me:

✓ **COMI and Groups.**

COMI (center of main interests) is a critical issue under EUIR.

It determines the court of the main proceeding, the applicable law for the proceeding and it has generated "forum shopping" because companies change their "COMI" in an effort to open proceedings in a particular member state.

Reform proposals include time limitations on effectiveness of change of legal registration or principal place of business, new definition of nerve center or principal place of business.

There are currently no rules under the EUIR for how to handle groups of companies.

The question is: how are these issues addressed under US law?

First some background: US bankruptcy law is federal law that is uniform throughout the country.

Exceptions: property rights are determined under state law which may vary. However, conflict of laws principles require courts in another state to determine the validity of property rights under the state with the greatest contact with the property.

¹ Pubblichiamo una breve sintesi, fornita dallo stesso Autore, dell'intervento dello Hon. Charles G. Case.

² La proposta di revisione del Regolamento è stata approvata dalla Commissione il 12 dicembre 2012 e sta seguendo l'iter presso il Parlamento e il Consiglio Europeo.

RELAZIONI A CONVEGNI

RIFORMA DELL'EUROPEO: LA PROSPETTIVA STATUNITENSE

Typically therefore the law of the state where the property is located (immoveable property) will govern the parties' rights in the property.

The theory is that parties enter a bankruptcy proceeding with the same rights they had before the bankruptcy proceeding and those rights may only be adjusted as provided under the federal law.

However, the US federal courts are divided into 12 circuits, each with a separate court of appeals. The decisions of those separate courts of appeal are binding on the lower courts within the geographic circuit, such as the bankruptcy courts, and the separate circuit courts may interpret the same provisions in the federal bankruptcy law in different ways. Thus, there may be a basis for "forum shopping" if a debtor perceives that the law on a critical issue may be more advantageous in one circuit than in another.

Second, some bankruptcy courts are viewed as more advantageous because 1) the judges have more expertise in large reorganization cases; 2) the courts are geographically closer to where the expert bankruptcy professionals are located; 3) the proceedings may occur more efficiently and expeditiously; 4) the procedures are better established and better known among the professional community; 5) not to be cynical, but the courts have reputation for approving the large fees of professionals more quickly and easily (as all such fees must be approved by the court before they can be paid). In the US, the two districts that are considered most advantageous are Southern District of New York (Manhattan) and District of Delaware (near Philadelphia).

Five more points of background. First, the venue rules for filing a bankruptcy case are quite liberal. The case may be filed where the company has its principal place of business, where its principal assets are located or where it is domiciled--this is where it is registered. In the US, registration is a state law issue. Many companies are registered in Delaware because of the favorable company law, particularly in terms of protections afforded to officers and directors--the standard of care and company indemnification. It is not necessary to have any contact with Delaware, or any other state, to be registered in that state. There are requirements that a company must also be "qualified" to do business in a state where its actual business occurs but that is a simple procedure.

Second, if one company in a corporate group is qualified to file in a particular district, then all affiliated members of the group are also so qualified.

Third, a company is eligible to file a bankruptcy petition if it has a domicile, a place of business, or property in the United States.

Fourth, the case is automatically opened, without any court proceeding or decision, upon the filing of a petition. There is no need to show insolvency or to satisfy any other standard. Our approach is to allow the filing, subject to the case being dismissed or transferred if the debtor is not eligible or if the filing is in the wrong district.

RELAZIONI A CONVEGNI

RIFORMA DELL'EUROPEAN UNION INSOLVENCY REGULATION: LA PROSPETTIVA STATUNITENSE

Five, when a case is filed, it is randomly assigned to be heard by a judge in that district (the computer makes the assignments, not the president of the court or any other individual). However, in every district, there is a procedure for transferring cases that are related to be heard by one judge, typically the judge who was assigned the first case of the group.

So, then, how does all of this work in practice?

An enterprise consists of 20 related companies, 15 of which are registered in different states, and five of which are registered in foreign companies. All of the companies have bank accounts in the US. One of the subsidiaries is registered in Delaware.

The Delaware subsidiary files the first petition, thereby immediately "opening" a chapter 11 case in Delaware. The case is assigned a number and soon after, a presiding judge. It is a qualified debtor because it has property in the US (at the least a bank account, if not more) and it is authorized to file the case in Delaware because it is registered under the law of that state. Immediately after that filing (which occurs electronically and may be made from anywhere with an internet connection), the other 19 companies file their petitions the same way and their cases are also automatically opened. They are assigned a number (higher than the initial number, thereby establishing that the Delaware case was first in time) and soon after a judge. The lawyers for the Delaware then file a motion to transfer all of the cases to the judge assigned to the Delaware case for purposes of "joint administration." This does NOT mean that the companies are consolidated or that they lose their separate corporate identity but rather that the 20 cases will be administered together by a single judge in a single forum.

What are the advantages and disadvantages of this system?

It is quick, easy and uncomplicated.

There is no need for determining COMI at the outset of the cases. This is more a function of the circumstances--all the cases are filed within the US and the competing laws of different jurisdictions are not an issue at the beginning.

The parties can address any perceived mistakes or unfairness by filing a subsequent motion, our term for a request for a ruling, that asks for corrective action. For example, a foreign company with no US contact other than a bank account may be subject to dismissal. Or if the primary company is located in a different state, the creditors or other parties in interest, may ask that the entire proceeding, including all cases, should be transferred to another home court closer to employees, creditors and the communities affected. Whether to approve such motions lies within the discretion of the court.

Disadvantages? It is forum shopping and often there is nothing done about it. Motions to transfer are often not granted. For example, even though General Motors was located in Detroit Michigan (where its employees, plant and headquarters were), the

RELAZIONI A CONVEGNI

RIFORMA DELL'EUIR: LA PROSPETTIVA STATUNITENSE

case was filed in New York. How? the company had one subsidiary, Saturn of Harlem, that operated a retail dealership selling Saturn automobiles in one neighborhood of New York City. Its principal assets were in New York, and therefore, venue was correct. Under the affiliate rule, all cases could remain in New York. This was obvious "forum shopping" but no party complained or if they did, the request to transfer was denied. The same is true of Enron, a company with headquarters in Houston Texas. It was also filed in NYC and politicians from Texas and others complained loudly. Their motion was denied.

If there is a parallel proceeding for a foreign company in its home court, for example Italy, the insolvency representative, or trustee, can seek recognition of the home proceeding as a main proceeding under Chapter 15, and then ask to be entrusted with the assets or seek to dismiss the US case.

LA DISCIPLINA EUROPEA DELL'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA: PROBLEMI APERTI E PROSPETTIVE DI RIFORMA

L'Autore esamina la disciplina europea dell'insolvenza transfrontaliera, con particolare riferimento ai problemi aperti ed alle prospettive di riforma

di **ALBERTO MAZZONI**

1. Premessa.

Il Regolamento europeo sulle procedure di insolvenza (Rep. 1346/200; di seguito il “Regolamento”) ha avuto, notoriamente, una gestazione lunga e molto travagliata. Il suo odierno contenuto riflette le scelte contrastate e gli inevitabili compromessi, che, dopo anni di dibattiti e di negoziati, avevano consentito il varo della Convenzione dell’Unione Europea sulle Procedure di Insolvenza (c.d. Convenzione di Istanbul) del 23 novembre 1995. Quando, dopo che era stato faticosamente raggiunto il consenso sul testo della Convenzione, apparve chiaro che la stessa non sarebbe entrata in vigore per ragioni politiche contingenti e del tutto estranee al suo specifico contenuto, la sostanza del testo fu trasfusa nel Regolamento, così da rendere direttamente applicabile negli ordinamenti degli Stati Membri di allora (eccezion fatta per la Danimarca) la disciplina sostanziale versata nella Convenzione.

Il richiamo a questa genesi del Regolamento aiuta ad inquadrare correttamente il tema che mi è assegnato¹.

Da un lato, non va dimenticato che la promulgazione del Regolamento ha avuto il grande merito di consentire il superamento di una *impasse*, il cui perdurare avrebbe messo a rischio la conservazione di tutto ciò che di positivo era stato faticosamente conseguito e che rifletteva il massimo livello di consenso a quel momento possibile in una materia notoriamente complicata.

D’altro lato, è agevole constatare che le radici di molti dei problemi avvertiti oggi si annidano proprio nelle risposte non date allora o date allora a prezzo di

¹ La proposta di revisione del Regolamento è stata approvata dalla Commissione il 12 dicembre 2012 e sta seguendo l’*iter* presso il Parlamento e il Consiglio Europeo.

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

compromessi al ribasso e tali da recare comunque in sé forti criticità o ambiguità.

In sintesi, il Regolamento si portava dentro fin dalla sua promulgazione le ragioni che oggi ne rendono necessaria o opportuna la revisione; revisione che, d'altronde, il Regolamento stesso aveva espressamente previsto come esito possibile della valutazione giuspolitica da compiersi alla scadenza del suo primo decennio di vigenza (cfr. art. 46 Reg.).

2. Quadro generale delle iniziative e proposte di riforma del Regolamento 1346/2000.

Le iniziative aventi ad oggetto la riforma del Regolamento sono oggi molteplici e variamente articolate.

Esse provengono da tre principali fonti.

In primo luogo, debbono essere segnalate le iniziative degli organi comunitari. In particolare, il Parlamento Europeo ha approvato una risoluzione contenente numerose e specifiche raccomandazioni, che a loro volta riflettono il risultato di lavori precedentemente svolti da commissioni del Parlamento stesso. Inoltre la Commissione Europea ha selezionato un gruppo di esperti mediante un bando pubblico di raccolta delle candidature, nel quale è delineato il testo del mandato (*Terms of reference*), comprensivo degli specifici temi su cui il gruppo è chiamato a lavorare al fine di assolvere il suo compito di formulare proposte o rendere pareri alla Commissione. Mi è giunta la notizia, quando già avevo redatto questa relazione, che il lavoro di questo gruppo di esperti è terminato. Non dispongo, tuttavia, del testo, che non mi risulta sia stato ancora pubblicato.

In secondo luogo, si è mossa con molta energia e accortezza INSOL, cioè la ben nota associazione professionale che raccoglie sul piano internazionale i maggiori specialisti e consulenti in amministrazione di procedure concorsuali vuoi meramente domestiche, vuoi implicanti in particolare problematiche *across the borders*. Tramite la sua sezione europea, INSOL ha presentato una lista analitica di proposte di revisione del Regolamento corredata da un commentario. L'iniziativa di INSOL ha certamente il merito, quanto meno, di offrire un quadro molto ricco, per non dire esaustivo, dei punti potenzialmente meritevoli di un intervento riformatore.

Infine, un contributo significativo è offerto dalle riflessioni e proposte della dottrina. Per lo più la dottrina ha concentrato la sua attenzione sul tema specifico delle proposte di riforma del Regolamento, assumendo quindi come angolo visuale quello tipicamente intracomunitario e/o attento alle possibili ricadute della riforma del Regolamento sul piano dei diritti nazionali degli Stati Membri. Non mancano, però, voci che suggeriscono di cogliere l'occasione della riforma del Regolamento per affrontare, auspicabilmente in modo coordinato tra gli Stati Membri, anche i problemi di disciplina dei c.d. fallimenti extracomunitari o internazionali in senso stretto; i problemi, cioè, di quelle insolvenze che concernono in qualche misura la sfera di uno o più Stati

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

Membri, pur mancando nello spazio comunitario una procedura d'insolvenza aperta a titolo principale, cioè aperta sul presupposto che il debitore ha in uno Stato Membro la sede principale della sua attività (o COMI, a voler utilizzare la terminologia del Regolamento: v. *infra*).

Dopo aver doverosamente segnalato quanto ampio e variegato sia il quadro delle iniziative e proposte che mirano a realizzare o ausiliare la riforma del Regolamento, ritengo di dover subito mettere in chiaro che non è mio proposito tentare di offrirne una rassegna analitica e dettagliata.

Mi limiterò a richiamare le prospettive di riforma che mi sembrano più significative, perché attinenti ai punti più dolenti, e a segnalare, dovunque possibile, l'esito che mi sembra probabile o auspicabile.

3. Ambito attuale di applicazione del Regolamento e sua progettata estensione a nuove tipologie di procedure.

Una prima esigenza di riforma si pone con forza in tema di criteri e modalità di identificazione delle procedure nazionali idonee a far scattare l'applicazione del Regolamento.

La disciplina attuale si fonda su alcune premesse, che conviene brevemente richiamare.

Il Regolamento si applica qualora in uno Stato Membro si apra nei confronti di un debitore una procedura di insolvenza a titolo principale. Perché ciò sia possibile, occorre che il giudice di quello Stato abbia previamente accertato un particolare presupposto per l'esercizio della sua giurisdizione, cioè la localizzazione in tale Stato del "centro degli interessi principali" del debitore (il c.d. COMI: v. *infra*).

Manca, tuttavia, nel Regolamento una nozione uniforme ed unitaria di insolvenza, alla stregua della quale spetti di volta in volta alle autorità giudiziarie dei singoli Stati Membri stabilire in via interpretativa se una determinata procedura nazionale ne può o non ne può provocare l'applicazione.

Per un verso, quindi, la mancata definizione di un'autonoma nozione comunitaria di insolvenza mantiene intatta in capo a ciascuno degli Stati Membri la competenza a disciplinare, come tale Stato meglio crede, i presupposti e le finalità delle procedure che, secondo criteri squisitamente nazionali, sono destinate a regolare situazioni di insolvenza o situazioni affini o assimilate a questa.

Per altro verso, tuttavia, il Regolamento ha adottato un criterio alternativo al fine di ridurre al massimo incertezze applicative in punto di identificazione delle procedure suscettibili di beneficiare del regime da esso previsto. Il criterio è stato quello di redigere una lista <<chiusa>> di procedure nazionali nominativamente identificate nell'Allegato A al Regolamento e valutate *a priori* dal legislatore comunitario come rientranti nel perimetro delineato dai requisiti fissati nell'art. 1, par. 1 del Regolamento.

Se è vero che questa soluzione consente di eliminare molti (ma non tutti i

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

possibili) dubbi applicativi, è altrettanto vero che l'esito complessivo della scelta del legislatore comunitario è, su questo punto, altamente insoddisfacente.

Il perimetro delineato concettualmente dal tenore dell'art. 1, par. 1 del Regolamento¹ e riempito concretamente di contenuto grazie alla lista nominativa <<chiusa>> di cui all'Allegato A rende evidente la "filosofia" o la "cultura" cui si ispira il Regolamento: esso intende applicarsi alle procedure di regolazione dell'insolvenza in senso classico – quelle, cioè, in cui l'insolvenza è conclamata e irreversibile, il debitore è sprossessato, la gestione è affidata a un ausiliario di giustizia e la finalità tipicamente perseguita è quella della liquidazione concorsuale dei beni del debitore – mentre in linea di principio il Regolamento non intende applicarsi (*rectius*, non dovrebbe applicarsi, stando al tenore del suo art. 1, par. 1) alle procedure più agili e a tasso ridotto di supervisione giudiziaria, di cui l'evoluzione di molti ordinamenti offre ormai plurimi esempi. Così, sono (o dovrebbero essere) escluse dalla lista di cui all'Allegato A le procedure, il cui presupposto di apertura sia non l'insolvenza in atto, ma quella soltanto minacciata o potenziale; e *a fortiori* sono o dovrebbero parimenti essere escluse dalla predetta lista le procedure, il cui presupposto di apertura sia la mera allegazione da parte del debitore istante della sussistenza di uno stato di difficoltà o di crisi della propria impresa, quale valutato soggettivamente dal debitore stesso e ancorché sia oggettivamente non coincidente con una condizione di insolvenza. Infine, le stesse o simili considerazioni valgono per quelle tipologie di procedure che consentono al debitore di rimanere in possesso e/o che mirano ad una ristrutturazione negoziale dell'indebitamento dell'impresa, anziché ad una liquidazione concorsuale dei suoi beni.

1 Il presente regolamento si applica alle procedure concorsuali fondate sull'insolvenza del debitore che comportano lo sprossessamento parziale o totale del debitore stesso e la designazione di un curatore.

Di fatto, nel caso in cui risultino inserite nella lista di cui all'Allegato A procedure che non posseggano (o non posseggano tutti) i requisiti di cui all'art. 1, par. 1 del Regolamento, la prevalenza va presumibilmente data alla lista; ma si tratta di soluzione che presenta margini di incertezza non trascurabili.

E' dunque di intuitiva evidenza che il Regolamento dovrà essere corretto su questo punto in senso chiarificatore e liberalizzatore. Dovrà, cioè, prevedersi in modo inequivoco che esso possa applicarsi anche alle forme più nuove e meno soggette a direzione giudiziaria, che oggi dominano il panorama internazionale in tema di regolazione delle crisi di impresa. Per limitarsi ad una osservazione suggerita dalla realtà nazionale italiana, la riforma del Regolamento dovrebbe, ad esempio, consentire di spazzar via i fondatissimi dubbi che oggi sussistono in punto di applicabilità del Regolamento ad una procedura qual è quella retta dall'art. 182-bis l.f.; come pure i dubbi, non altrettanto fondati ma neppure del tutto cervellotici, che potrebbero prospettarsi in ordine all'applicabilità del Regolamento al nuovo e molto liberalizzato concordato preventivo.

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

Mentre vi è diffuso consenso sull'opportunità dell'*an* di una soluzione meno rigida e conservatrice (cioè, sulla necessità di ampliare in modo inequivoco il numero e la tipologia delle procedure idonee a rendere applicabile il Regolamento), rimane aperta la questione del *quomodo* della riforma.

Il dilemma è se, dopo averne realizzato l'ammodernamento, convenga comunque tener fermo il metodo di elencazione delle procedure in una lista nominativa <<chiusa>> e modificabile soltanto a scadenze determinate di periodi pluriennali; ovvero se adottare diverse e più flessibili modalità di aggiornamento della lista. Optando per questo secondo approccio, si potrebbe, ad esempio, prevedere un mero onere di notifica a carico di ogni Stato Membro che voglia aggiungere una nuova procedura al proprio elenco nazionale, adempiuto il quale onere tale nuova procedura sarebbe automaticamente riconosciuta come beneficiaria del regime del Regolamento in applicazione del principio di fiducia reciproca. Alternativamente, si potrebbe prevedere una modalità di accesso pur sempre controllata, ma affidata ad un meccanismo di integrazione della lista più agile e sollecito di quello attualmente vigente (è stato in particolare suggerito di affidare a un comitato permanente di esperti il compito della valutazione delle nuove procedure al fine del loro inserimento nella lista).

La scelta sul punto non si riduce ad una preferenza di natura meramente tecnica. Coerenza vuole che essa sia strettamente dipendente dalla scelta giuspolitica da farsi a monte in ordine al grado più o meno ampio di apertura alle "nuove" procedure che si vorrà dare al Regolamento: sia a quelle già esistenti, sia a quelle che in futuro potrebbero venire ad esistenza, ivi comprese in particolare quelle derivanti man mano dal consolidarsi di prassi miste, giudiziarie e negoziali, di composizione delle crisi di impresa.

Personalmente sarei favorevole ad una liberalizzazione <<spinta>> dal Regolamento in punto di procedure che possono legittimarne l'applicazione e per ciò stesso riterrei accettabile che anche moderne procedure preventive o riorganizzative potessero beneficiare della tendenziale applicazione in tutto il restante spazio giuridico comunitario della *lex concursus* dello Stato Membro in cui fossero aperte a titolo principale. Coerentemente, mi sembrerebbe ragionevole e sufficiente, per l'aggiornamento della lista di cui all'Allegato A, un sistema di mera notifica o, al più, un controllo di legalità sostanziale affidato a un comitato permanente di esperti.

Occorre, tuttavia, non nascondersi dietro un dito e affrontare *ex professo* il nodo cruciale che l'ipotetica adozione di questa soluzione porterebbe con sé.

Il nodo cruciale sta, a mio avviso, nella tensione che si verrebbe a creare tra libertà di determinazione, da parte di ciascuno Stato Membro, dei presupposti in forza dei quali una procedura nazionale potrebbe beneficiare degli effetti extraterritoriali (ancorché intra-comunitari) del Regolamento, da un lato, e, dall'altro, l'ordine pubblico degli altri Stati Membri, che tali effetti sarebbero costretti a subire in nome del principio di riconoscimento automatico e del suo antecedente logico, cioè il principio di fiducia

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

reciproca.

Allo stato attuale, ancorché, come si è detto, manchi una nozione comunitaria uniforme di insolvenza e gli Stati Membri rimangano conseguentemente liberi di determinare a proprio piacimento quale o quali nozioni di insolvenza adottare e quale o quali nozioni assimilare a questa, il metodo della lista nominativa <<chiusa>> e tendenzialmente stabile impedisce *in limine* che possa considerarsi incompatibile con l'ordine pubblico di uno Stato Membro il riconoscimento nel proprio territorio degli effetti discendenti dall'apertura in altro Stato Membro di una procedura nominativamente inclusa nella predetta lista <<chiusa>>.

Si deve, tuttavia, riconoscere che un principio di fiducia reciproca, ancorché possa aspirare ad essere osservato senza troppe tensioni in ordine a poche e tradizionali procedure concorsuali connotate da una forte officiosità, può invece generare preoccupazioni *ex ante*, generatrici di ostilità politiche insuperabili, qualora se ne proponga l'applicazione liberalizzata ad ogni procedura che ogni Stato nazionale unilateralmente definisca, secondo propri criteri, come procedura d'insolvenza (o come procedura sufficientemente affine, per struttura o finalità, ad una procedura di insolvenza e come tale) meritevole di beneficiare automaticamente del regime previsto dal Regolamento. Per esemplificare, si pensi ai timori che potrebbe suscitare l'ipotesi che nello Stato B scatti un blocco automatico di azioni individuali contro il debitore, per effetto soltanto di una sua domanda di accesso nello Stato A (Stato del COMI) ad una procedura meramente sorvegliata di ristrutturazione volontaria del debito.

La questione è, dunque, molto delicata: occorrerà aprirsi al nuovo, ma farlo in base ad un progetto riformatore coerente e condivisibile, perché ispirato al perseguimento di valori guida del diritto comunitario. Sul punto converrà ritornare più avanti e in sede di considerazioni conclusive.

4. La problematica del “*centre of main interests*” (COMI): il disallineamento della giurisprudenza delle corti nazionali rispetto alla *ratio decidendi* del caso Eurofood.

La seconda area in cui si avverte imperiosamente il bisogno di un intervento riformatore è la problematica del “centro degli interessi principali” del debitore o COMI (acronimo dall'inglese “*centre of main interests*”).

Notoriamente, questo è, al contempo, il centro di gravità del Regolamento e il suo principale *punctum dolens*.

Come si è detto, il Regolamento si applica soltanto qualora sia localizzato in uno Stato Membro il COMI del debitore: ciò determina, infatti, il titolo per l'esercizio della giurisdizione fallimentare in via principale da parte dei giudici di quello Stato e la conseguente possibilità di far valere, a favore della procedura aperta su tale base, il principio di universalità limitata, cioè l'estensione degli effetti della *lex concursus* anche ai beni e rapporti del debitore localizzati in altri Stati Membri, salvo alcune specifiche

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

eccezioni.

Il Regolamento non definisce in positivo il COMI, anche se offre in termini generici l'indicazione dell'approccio da cui muovere per accertarlo (cfr. il 13° considerando del Regolamento). Ciò nonostante – ancorché, cioè, ometta di dare una definizione di COMI – il Regolamento detta una presunzione in ordine alla sua localizzazione. Invero, quando il debitore è una società, si presume (ma si tratta di presunzione relativa e dunque vincibile con prova contraria) che il COMI sia localizzato nello Stato ove è posta la sede statutaria (art. 3, par. 1 Reg.).

L'esperienza giurisprudenziale in tema di COMI ha, peraltro, clamorosamente disatteso la speranza che era lecito e ragionevole nutrire; la speranza, cioè, che fosse la giurisprudenza a dare certezza di contenuto a ciò su cui il legislatore comunitario aveva preferito tacere.

In astratto, l'approdo ad una certezza del diritto sul punto grazie alla giurisprudenza sembrava vicino o raggiunto a seguito della sentenza emessa nel celebre caso *Eurofood*; ma in realtà questo approdo non vi è stato.

Nel caso *Eurofood*, la Corte di Giustizia, pur ribadendo la natura non assoluta della presunzione di localizzazione del COMI nello Stato della sede statutaria e dunque la possibilità di vincere tale presunzione con la prova contraria nel caso concreto, aveva al contempo inequivocabilmente fatto comprendere che la persuasività degli elementi fattuali idonei a vincere la presunzione doveva essere valutata nella prospettiva dei soggetti, a tutela dei quali la presunzione stessa è posta, cioè nella sostanza i terzi creditori. Combinata con l'unico esempio prospettato dalla Corte per illustrare la vincibilità della presunzione – l'esempio, cioè, della società fantasma, che nello Stato della sede statutaria ha solo un recapito postale – la conclusione a prima vista estraibile da *Eurofood* era che il COMI doveva ritenersi cristallizzato nello Stato della sede statutaria, ogni qual volta vi fossero stati atti o comportamenti della società idonei a generare un affidamento dei suoi creditori sulla natura non fittizia di tale sede.

Orbene – ancorché la *ratio decidendi* di *Eurofood* fosse a mio avviso chiara, come peraltro risulta anche dalla sua conferma nel recentissimo caso *Interedil* (su cui ritornerò tra poco: *infra*, par. 5) – le Corti nazionali ne hanno di fatto boicottato o disatteso l'applicazione, continuando, come in passato, a preferire soluzioni sostanzialiste in punto di localizzazione del COMI.

In sintesi, rivendicando libertà di apprezzamento in concreto delle circostanze fattuali di volta in volta allegate al fine di vincere la presunzione di legge, la giurisprudenza in tutti gli Stati Membri ha valutato il titolo per l'esercizio della propria giurisdizione molto più in termini di opportunità sostanziale di radicamento della procedura presso di sé, che non in termini di rigoroso accertamento della fittizietà/non fittizietà della sede prescelta statutariamente.

L'impiego reale, anche se non dichiarato, di questo approccio è sfociato talvolta in risultati paradossali: alla decisione *Eurofood* si è pagato omaggio con le labbra, per

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

dirla con un'espressione americana, per poi raggiungere in nome di essa risultati radicalmente divergenti da quelli che la sua *ratio decidendi* avrebbe imposto.

Esemplare, al riguardo, è un recente caso italiano, concernente l'amministrazione straordinaria del gruppo Ittierre Holding (Trib. Isernia, 10 aprile 2009, in *Il Fallimento*, 2010, 59 ss., con nota di G.MONTELLA).

In questo caso, i commissari della procedura di amministrazione straordinaria di Ittierre S.p.A., società operativa controllata da una holding lussemburghese (IT Holding Finance S.A.), avevano chiesto che lo stesso Tribunale davanti al quale pendeva la predetta procedura dichiarasse lo stato di insolvenza anche della holding e estendesse alla holding medesima l'amministrazione straordinaria.

Non interessa in questa sede trattare il tema specifico del rapporto tra decreto governativo di ammissione all'amministrazione straordinaria e ambito della competenza giurisdizionale riservata in questa materia al giudice ordinario. Ai fini del mio discorso rileva soltanto l'*iter* argomentativo seguito dal Tribunale per motivare la sussistenza della competenza internazionale italiana ad accogliere il ricorso.

Ovviamente tale competenza poteva fondarsi soltanto sul previo accertamento che anche la holding lussemburghese controllante aveva in Italia il suo COMI. Orbene, per arrivare a concludere in tal senso il Tribunale dapprima cita come espressivo del principio di diritto vincolante nel caso di specie il passaggio di *Eurofood*, che valorizza al massimo la presunzione e che prescrive rigore nell'accertamento degli "*elementi obiettivi e verificabili dai terzi*" necessari affinché se ne possa giustificare il suo superamento; dopodiché, tuttavia, lo stesso Tribunale non esita a concludere che il COMI della holding è da ritenere localizzato in Italia e ciò fa, sottolineando in motivazione la rilevanza di due circostanze fattuali a dire il vero ben poco indicative di fittizietà, cioè, in primo luogo, la circostanza che nel C.d.A. della holding vi era un solo componente lussemburghese e che costui non aveva deleghe operative; in secondo luogo, la ulteriore circostanza che la sola attività espletata dalla holding era stata l'emissione di prestiti obbligazionari di cui si erano rese garanti altre società del gruppo.

È di solare evidenza che nel caso *de quo* è stato considerato elemento fattuale utile a contraddire la presunzione e comunque insufficiente a tenerla ferma quello stesso elemento – cioè, la mera attività di emissione sul mercato di strumenti di debito, assistiti dalla garanzia di altre società del gruppo – che in *Eurofood* aveva invece sorretto la conclusione opposta. La Corte di Giustizia, invero, aveva ritenuto che, in presenza di creditori finanziari acquirenti dei titoli emessi dalla società-veicolo irlandese, la presunzione non poteva ritenersi vinta, perché altrimenti sarebbe stato tradito l'affidamento riposto da quei creditori nella genuinità della localizzazione in Irlanda del COMI dell'emittente.

Il caso Ittierre è certamente connotato da alcune vistose peculiarità. Specificamente, oltre alla oggettivamente beffarda citazione della *ratio decidendi* di *Eurofood*, colpisce il fatto che in questo caso vi è stato un inusuale allineamento

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

downstream anziché *upstream* del COMI di controllante e controllata, nel senso che è stata accertata la localizzazione del COMI della controllante presso quello della controllata, anziché aversi, come solitamente accade, l'attrazione in senso inverso del COMI della controllata verso quello della controllante. Tuttavia, sarebbe erroneo considerarlo un caso isolato di errore o di aberrazione. Al contrario, esso si inserisce perfettamente in un panorama giurisprudenziale largamente maggioritario in tutti gli Stati della UE.

Invero, uno sguardo d'insieme alla giurisprudenza di questi – e anche alla giurisprudenza in punto di COMI formatasi negli Stati che hanno adottato la Model Law di UNCITRAL – rivela, come già detto, che i giudici nazionali sostanzialmente poco si curano della presunzione e affermano la propria giurisdizione a titolo di COMI tutte le volte in cui ravvisino contatti significativi del debitore con lo Stato del foro; e ciò quand'anche il debitore abbia con lo Stato della sede statutaria contatti genuini e non meramente formali, il che – stando al messaggio che *Eurofood* appare voler trasmettere - dovrebbe bastare a concludere che la sede statutaria non è fittizia e che dunque la presunzione non è vinta.

Più specificamente, la giurisprudenza degli Stati Membri valorizza quanto più possibile gli elementi fattuali che nel caso di specie favoriscono la conclusione in favore della propria giurisdizione ma, al fine di razionalizzare la motivazione che conduce a questo risultato, oscilla tra due poli: in alcuni casi, si richiama al “*contacts-with-creditors approach*”, cioè alla percezione che i creditori hanno o possono avere del luogo in cui viene svolta in modo abituale l'attività d'impresa; in altri casi, invece, peso decisivo viene attribuito al “*mind-of-management approach*” o “*head office approach*”, cioè al luogo in cui sono assunte le decisioni di vertice dell'impresa, luogo che nelle fattispecie di gruppo multinazionale tende ad essere quello nel quale la società capogruppo ha la sede dalla quale dirige unitariamente il gruppo.

Vi è dunque in punto di COMI una vistosa dissonanza tra il *decisum* in *Eurofood* e la giurisprudenza nazionale degli Stati Membri; dissonanza che eccede i limiti fisiologici della varietà di soluzioni dipendente esclusivamente dalle differenze di volta in volta delle situazioni di fatto e che, per ciò stesso, rende evidente e pressante la spinta verso un intervento riformatore o, quanto meno, verso una meditata riconsiderazione sul da farsi a fronte della situazione attuale.

Prima, tuttavia, di passare alle considerazioni *de jure condendo*, è utile, a mio avviso, analizzare le ulteriori importanti indicazioni offerte dalla recente sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Interedil* (Corte di Giustizia, *Interedil S.r.l. in liquidazione e c. Fallimento Interedil S.r.l. e Intesa Gestione Crediti S.p.A.*, 20 ottobre 2011, in *Rivista di Diritto Societario (RDS)*, 2012, 72).

5. (segue): *il caso Interedil*. - *Interedil* era una s.r.l. italiana con sede a Monopoli, in provincia di Bari. Nel luglio 2001 essa aveva trasferito la sua sede nel Regno Unito,

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

si era cancellata dal Registro delle Imprese in Italia, si era iscritta al Registro inglese come *foreign company* e, nell'anno successivo al trasferimento della sede statutaria, aveva ceduto ad una società inglese la propria azienda, comprensiva di alcuni immobili ubicati a Taranto. Effettuata la vendita, la società si era sciolta, era stata posta in liquidazione e aveva ottenuto la cancellazione anche dal Registro delle Imprese inglese nel luglio 2002.

Nell'ottobre 2003, una banca italiana ne aveva chiesto il fallimento a Bari e, nonostante l'eccezione di carenza di giurisdizione italiana ai sensi del Regolamento sollevata dalla difesa di Interedit, il fallimento era stato dichiarato, avendo il Tribunale di Bari, prima, e, più tardi, la Corte di Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione ex art. 41, c. 1, c.p.c., ritenuto che nel caso di specie sussistesse la giurisdizione fallimentare italiana.

La Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale ai sensi dell'art 234 TCE (oggi art. 267 TFUE), ha statuito su una pluralità di questioni, tutte di estremo interesse e che qui conviene richiamare, seppure con la sintesi imposta dalle circostanze.

In apertura la Corte ha risolto due questioni logicamente preliminari, statuendo che (i) la definitività, alla stregua del diritto nazionale, della pronuncia della Cassazione sulla giurisdizione ex art. 41, c. 1, c.p.c. non precludeva l'accertamento da parte della Corte di Giustizia della correttezza o non correttezza di tale pronuncia alla stregua del (sovraordinato) diritto comunitario; e (ii) la nozione di COMI deve essere interpretata ed applicata alla stregua del suo autonomo significato in diritto comunitario, non già alla stregua del diritto nazionale della Corte davanti alla quale sia stata chiesta l'apertura di un procedimento di insolvenza. Sotto entrambi i profili, quindi, la Corte di Giustizia ha espresso una inequivocabile condanna di ogni *homecoming trend* in punto di identificazione del COMI.

Ai fini che qui interessano, peraltro, sono più importanti le ulteriori statuizioni della Corte; quelle, cioè, che più da vicino concernono i criteri di identificazione del COMI e correlativamente la tenuta della presunzione relativa alla sua localizzazione nello Stato della sede statutaria.

La Corte muove dall'affermazione in termini perentori che per identificare il COMI occorre avere riguardo al luogo dell'amministrazione principale della società debitrice: dopodiché essa precisa che la presunzione di localizzazione di questa amministrazione presso la sede statutaria è insuperabile quando risulti che gli organi di amministrazione e controllo della società debitrice operano in tale sede e che ivi vengono assunte in modo riconoscibile dai terzi le decisioni di gestione.

L'efficacia della presunzione, tuttavia, non si esaurisce qui. La Corte, infatti, prosegue nell'affermare che quando non sia possibile riscontrare direttamente che l'amministrazione principale della società è nella sede statutaria, non per questo la presunzione cessa di essere rilevante: invero, per superarla occorre dare una duplice

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

dimostrazione, cioè dimostrare non soltanto che la localizzazione dell'amministrazione in Stato diverso da quello della sede statutaria è sorretta da un giudizio complessivo che tiene conto di tutti (e non di alcuni soltanto fra) i fattori rilevanti, ma anche – ed è questo il punto più incisivo – che tale localizzazione alternativa a dispetto della presunzione è riconoscibile dai terzi; è, cioè, percepibile da costoro come localizzazione effettiva in tale altro Stato.

E' trasparente l'intento della Corte di blindare al massimo l'efficacia della presunzione ed è parimenti evidente che il dilemma tra il “*contacts-with-creditors approach*”, da un lato, e il “*mind-of-management approach*” o “*head office approach*”, dall'altro, è risolto in favore di una variante rafforzata del secondo, nel senso che la presunzione può essere vinta solo se si dimostri la riconoscibilità da parte dei terzi della specifica localizzazione alternativa dell'amministrazione principale. In sintesi, l'*iter* logico-argomentativo della Corte induce a concludere che la presunzione prevale tutte le volte in cui, anche se in fatto l'amministrazione principale è localizzata altrove, una identificazione in positivo di questa localizzazione alternativa non è raggiunta o, per essere raggiunta, postula che si assegni rilievo a fattori di collegamento che non sono percepibili dai terzi.

Anche le ulteriori statuizioni della sentenza attestano e confermano l'intento della Corte di preservare e rafforzare al massimo l'efficacia della presunzione. In particolare, sul punto che nel caso di specie costituiva il <<cuore>> della lite – sul punto, cioè, se, in caso di trasferimento della sede prima della proposizione di una istanza di apertura di procedura di insolvenza, la presunzione si applichi a favore dello Stato della nuova sede statutaria – la Corte non esita a dare risposta affermativa, precisando che per il superamento della presunzione vale la stessa regola che si applica in tutti gli altri casi: occorre, cioè, smentire la presunzione posta dal Regolamento, dando in concreto e in positivo la prova che il COMI non ha seguito il trasferimento della sede statutaria.

Stando al *dictum* assai sintetico della Corte sul punto, sembrerebbe pertanto doversi escludere ogni rilevanza all'argomentazione che volesse fondarsi su una sorta di implicita e confliggente presunzione: la presunzione, cioè, di *forum shopping* fraudolento ravvisabile nel trasferimento di sede in altro Stato Membro a insolvenza probabilmente già presente ma prima della proposizione di una qualsiasi istanza volta a farla accertare ai fini dell'apertura di una procedura. Come spesso accade, peraltro, per comprendere meglio ciò che in definitiva la Corte ha inteso dire, uno spunto molto illuminante si trova, anziché nella sentenza, nelle conclusioni dell'Avvocato Generale (in questo caso, l'Avvocato Generale Juliane Kokott).

Nel paragrafo 72 di tali conclusioni, si legge infatti: “*Nel contesto che ci occupa, non è necessario affrontare la questione di un trasferimento del centro degli interessi principali allo scopo di eludere le norme dello Stato di origine in materia di insolvenza o di responsabilità, ovvero allo scopo di sottrarre la massa patrimoniale all'azione dei*

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

creditori. La questione di un potenziale abuso del diritto sotteso a un trasferimento pone interessanti questioni quanto agli attriti che possono sorgere tra le libertà fondamentali del debitore, da un lato, e la tutela dei creditori nonché le volontà, espressa dal quarto “considerando” del regolamento, di evitare il forum shopping, dall’altro. Poiché tuttavia il giudice del rinvio non ha formulato alcun quesito in tal senso, e poiché delle circostanze descritte non emergono elementi sufficienti per ipotizzare un abuso del diritto, il caso di specie non si presta ad un esame esaustivo di tali questioni”

In questa argomentazione è messo molto acutamente a fuoco, senza peraltro che sia proposta una chiara e tranciante risposta per risolverlo, il potenziale conflitto tra esercizio della libertà di stabilimento (sotto il profilo del diritto del debitore di trasferire in ogni tempo la propria sede all’interno della UE) e il principio perseguito dal diritto comunitario di contrastare le tentazioni di *forum shopping*.

Questa messa a fuoco è ancor più significativa, se si considera che, nel precedente paragrafo 71, la stessa Avv. Gen. Kokott offre un'altra osservazione preziosa, cioè che anche un'attività di mera liquidazione è rilevante ai fini della determinazione del COMI di una società debitrice, posto che – cito testualmente – “*in fin dei conti anche il trasferimento di una società in un altro Stato membro per procedere ivi alla liquidazione rientra nelle libertà fondamentali garantite dal diritto dell’Unione.*”

La razionalità del quadro di sistema appare così in modo più chiaro: la vera ragione per far prevalere la presunzione sancita dal Regolamento sul sospetto che il trasferimento possa essere motivato da *forum shopping* abusivo è da ricercare in una logica di rispetto e di tutela delle libertà fondamentali. Non si può escludere, secondo l’Avvocato Generale, che dietro l’invocato esercizio del diritto di stabilimento possa nascondersi in concreto un abuso e che si debba pertanto coordinare il valore della libertà con quello di repressione dell’abuso; ma il modo in cui sono posti i termini della questione consentono di capire quale regola sarebbe stata enunciata se la Corte, posta di fronte ad un appropriato quesito *ad hoc* da parte del giudice del rinvio, avesse dovuto affrontare *ex professo* il punto: la Corte, cioè, avrebbe detto che, ove si invochi un abusivo trasferimento di sede, occorre darne la prova concreta, in assenza della quale il mero sospetto di *forum shopping* non fa venir meno la presunzione di localizzazione del COMI nella nuova sede statutaria.

Infine, un trasparente intento della Corte di contrastare un'altra possibile tentazione di *homecoming* è ravvisabile anche nell’ultima pronuncia contenuta nella sentenza.

Alla Corte era stato chiesto di pronunciarsi sull’interpretazione da dare, alla stregua del diritto comunitario, alla nozione di “*dipendenza*” (omologa alla “sede secondaria” nella terminologia italiana) di cui all’art. 3, c. 2 del Regolamento. La ragione concreta era l’obiettivo di ottenere una pronuncia che consentisse di ritenere

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

localizzato in Puglia, se non il COMI del debitore, presupposto per l'apertura di una procedura a titolo principale, quanto meno una dipendenza, presupposto per l'apertura di una procedura fallimentare non principale, cioè per l'apertura di una procedura secondaria meramente territoriale e avente limitate finalità liquidative (cfr. art. 3, c. 2, Reg.). In concreto, vi era evidentemente un forte interesse pratico all'ottenimento di una pronuncia che comunque accertasse la sussistenza in Puglia di una dipendenza di Interedil, in quanto ciò avrebbe aperto la possibilità di azioni recuperatorie da parte del fallimento italiano in ordine agli immobili siti in Taranto.

La Corte, concordando anche su questo punto con le conclusioni dell'Avvocato Generale, afferma che una dipendenza, cioè il titolo per l'esercizio della giurisdizione fallimentare a titolo secondario, non sussiste per il solo fatto che in uno Stato diverso da quello del COMI siano ubicati beni o contratti del debitore: occorre, piuttosto, che sussista in tale Stato una organizzazione stabile per l'esercizio di un'attività. L'intento – implicito ma chiarissimo – è quello di tutelare al massimo l'universalità della procedura aperta nello Stato del COMI, anche se la localizzazione del COMI derivi soltanto dall'operare della presunzione. Invero, il mancato ricorrere del presupposto per l'apertura di una procedura secondaria in un altro Stato membro sostanzialmente impedisce una separata amministrazione e liquidazione dei beni del debitore ubicato in tale altro Stato e correlativamente aumenta la valenza in concreto del principio di universalità, rafforzando poteri e ruolo dell'amministratore del procedimento principale.

6. Le proposte di riforma in punto di COMI: considerazioni generali.

Il tempo è ormai maturo per avviare le riflessioni conclusive sulle (a mio avviso) più importanti prospettive di riforma.

In punto di COMI, il rilievo da cui partire è che realisticamente il Regolamento non abbandonerà il ruolo di questa nozione come chiave di volta concettuale del sistema di ripartizione tra gli Stati Membri della competenza internazionale *in subiecta materia*.

In sintesi, ci si deve attendere che vengano proposte una o più definizioni o precisazioni della nozione, anziché un suo abbandono e la sua sostituzione all'interno di una architettura diversa.

Pur riconoscendo che questa è la prospettiva più realistica, sembra a chi vi parla che in sede di riforma sarebbe opportuno adottare non soltanto una nozione di COMI statica e rivolta al passato, ma anche una ulteriore nozione di COMI, per così dire, dinamica e idonea a valere come titolo parallelo o alternativo di giurisdizione nei casi in cui il debitore faccia domanda di riorganizzazione concorsuale nello Stato in cui intenda continuare l'esercizio dell'impresa riorganizzata, anziché in quello in cui il COMI era "ancorato" prima del manifestarsi della situazione di crisi o di insolvenza.

Su questo punto, che qui mi limito ad enunciare, ritornerò tra poco più diffusamente.

Rimanendo nella prospettiva del COMI tradizionale, da individuarsi

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

staticamente con lo sguardo rivolto al passato, si apre subito il dilemma se convenga in sede di riforma puntare a definire in termini generali ed astratti un rigido contenuto affermativo della nozione, ovvero puntare alla formulazione di criteri più concreti e specifici, che servano da guida alla giurisprudenza senza vincolarla ad attribuire *ex ante* valore decisivo all'uno piuttosto che ad un altro o altri fra quelli nominativamente elencati.

In sintesi, il punto è se in sede di riforma sia da preferire una definizione sillogistica ovvero tipologica del COMI.

Come dirò più avanti, più che sforzarsi di confezionare una definizione di COMI valevole per qualunque fattispecie cui si voglia applicare il Regolamento, chi vi parla riterrebbe più congruo concentrare l'attenzione sulle risposte da dare alle problematiche del COMI, che si pongono nel contesto di alcuni circoscritti problemi reali (v. *infra*).

Tuttavia, se la scelta deve farsi tra una prospettiva di definizione sillogistica ed una, invece, di definizione tipologica, non ho la minima esitazione a schierarmi a favore della seconda.

La strada della definizione generale ed astratta, che istintivamente può piacere per ragioni culturali al giurista di *civil law*, sarebbe destinata a rivelarsi illusoria, qualora non contenesse una chiara indicazione dei fattori rilevanti ai fini della potenziale localizzazione e, parallelamente, una chiara indicazione gerarchica del loro peso specifico ai fini della valutazione conclusiva.

In assenza di questi due elementi di forte vincolo, la giurisprudenza manterrebbe intatta la stessa libertà di apprezzamento che ha sinora esercitato e l'attuale situazione di incertezza non muterebbe (o comunque muterebbe poco e quel poco non in conseguenza dell'intervento riformatore). Ove, invece, si adottasse una definizione supervincolante, il prezzo pagato per un paradigma *one size fits all* sarebbe una più che prevedibile resistenza contro, in particolare, la rigidità dell'ordine gerarchico degli indici di localizzazione in ipotesi assunti *ex lege* come rilevanti: ad esempio, un elevato peso specifico da attribuire in ogni caso al luogo ove lavora la maggioranza dei dipendenti sarebbe verosimilmente avvertito come del tutto giustificato nel caso di imprese *labour-intensive* ed invece come probabilmente irragionevole nel caso di imprese *capital-intensive*.

A favore di una definizione tipologica – sempreché si voglia ragionare in termini di inevitabilità della ricerca di una definizione *omnibus* di COMI – milita, invece, la considerazione di fondo che essa probabilmente servirebbe da guida *soft* e da conforto alla giurisprudenza, senza comunque provocare reazioni di rigetto, stante l'assenza di rigidità.

Anche in questo caso è ipotizzabile che la situazione di attuale incertezza rimanga largamente immutata; ma il pregio di questa soluzione sarebbe non già la probabilità di sostituire in tempi brevi la certezza con l'incertezza (forse in questa materia la certezza è impossibile), bensì il suo essere più governabile e meno dannosa di

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

quella fondata sull'illusione di risolvere il problema grazie ad una definizione rigida di stampo sillogistico.

Anche in sede UNCITRAL, d'altronde, sembra prevalere sul punto l'orientamento favorevole ad una precisazione della nozione di COMI grazie all'impiego di formule tipologiche "offerte" in modo non vincolante alla saggezza della giurisprudenza. Si tratta di una indicazione da non sottovalutare, anche se le problematiche peculiari che all'interno dell'UE sono generate dal principio del riconoscimento impongono di non dimenticare mai quanto sia diverso e più libero il contesto in cui operano i principi di coordinamento e cooperazione internazionale che connotano il sistema della Legge Modello UNCITRAL.

Personalmente, comunque, ritengo che le soluzioni "buone" andrebbero ricercate in una diversa prospettiva, rivolta ad un orizzonte di meno ampio respiro.

L'esperienza pragmaticamente mostra che i problemi in punto di COMI nascono non perché vi sia un bisogno "filosofico" di disporre di una buona e chiara definizione del concetto, ma perché le attuali indicazioni legislative e giurisprudenziali in materia non consentono di risolvere adeguatamente e con sufficiente prevedibilità (*predictability*) due problemi: quello dell'insolvenza di gruppo e quello dei trasferimenti sospetti di sede statutaria da uno Stato all'altro nell'imminenza dell'apertura di una procedura di insolvenza.

Metodologicamente, a me sembra dunque preferibile non dedicare troppe energie alla ricerca della definizione filosofica "perfetta" di COMI e più concretamente concentrarsi sulla formulazione o considerazione di proposte, che affrontino specificamente i due problemi sopra indicati. Conviene dunque che a questo punto l'analisi si volga in quella direzione.

7. (segue): la preferibilità di interventi di riforma limitati a due problemi specifici (insolvenza di gruppo e trasferimento della sede statutaria in altro Stato Membro poco prima dell'apertura di una procedura di insolvenza).

Per far sì che la riforma del Regolamento contempa specifici criteri di identificazione del COMI nelle fattispecie di insolvenza di gruppo e nelle fattispecie di trasferimento in altro Stato Membro della sede statutaria in un tempo di poco precedente l'apertura di una procedura di insolvenza, si possono ipotizzare due diversi livelli di soluzioni.

Il primo è quello delle soluzioni concettualmente minimaliste e, per ciò stesso, di più probabile realizzabilità.

Il secondo presuppone, invece, l'accettazione di alcune idee fortemente innovative, che sono considerate importanti e proficue da chi vi parla ma che certamente non godono allo stato di diffuso sostegno.

Ciò precisato per doverosa trasparenza ed onestà intellettuale, è ragionevole prendere le mosse dall'angolo visuale delle proposte minimaliste.

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

L'approccio che appare più realistico e promettente – anche perché richiederebbe aggiustamenti molto contenuti dell'attuale tenore letterale del Regolamento – consiste nel prevedere, per i due suddetti problemi specifici, l'adozione di presunzioni speciali deroganti alla presunzione generale di cui all'art. 3, par. 1 del Regolamento.

In concreto, nel caso in cui una società sia controllata da un'altra e la controllante eserciti effettivamente in modo riconoscibile dai terzi il potere di determinare le decisioni di gestione della controllata, il COMI di quest'ultima ai fini dell'apertura nei suoi confronti di una procedura di insolvenza a titolo principale si dovrebbe presumere localizzato presso la sede statutaria della controllante, a meno che ricorrano determinate circostanze precisate espressamente nel Regolamento e salva in ogni caso la possibilità di vincere la presunzione speciale con la prova contraria.

Ovviamente, tutte le volte in cui la presunzione speciale non potesse applicarsi o fosse data la prova contraria, dovrebbe o potrebbe ritornare a valere la presunzione ordinaria a favore della localizzazione del COMI presso la sede statutaria della controllata.

E' agevole intuire che, ove il progetto riformatore adottasse questa direzione di marcia, le questioni più delicate su cui si concentrerebbe il dibattito riguarderebbero probabilmente l'individuazione delle circostanze che *ex ante* (o, se si preferisce, *ex lege*) escluderebbero l'applicazione della presunzione speciale.

In particolare, è ipotizzabile un'alta probabilità di contrasti su un tema quale la necessità o meno che anche la controllante sia già assoggettata ad una procedura di insolvenza perché la presunzione speciale possa operare; e parimenti è ipotizzabile un'alta probabilità di contrasti sul punto se la presunzione speciale possa valere soltanto quando l'esercizio effettivo del potere di direzione della controllata risulti dall'esistenza di un rapporto di dominio formalizzato e soggetto a pubblicità in appositi registri, ovvero possa valere anche quando detto esercizio effettivo risulti da altre circostanze meramente fattuali, ma oggettivamente riconoscibili dalla generalità dei terzi.

Quanto alle prospettive minimaliste di riforma in punto di trasferimenti di sede statutaria in altro Stato Membro nell'imminenza del manifestarsi di una situazione di insolvenza, il rilievo da cui muovere è, a mio avviso, l'assoluta inopportunità e impraticabilità di introdurre nel Regolamento norme che diano rilevanza ad allegazioni di frode prospettate da una parte interessata o a sospetti di frode derivanti da valutazioni *ex officio*.

E' sicuro che il contrasto al *forum shopping* è uno degli obiettivi ufficialmente perseguiti dal Regolamento (cfr. il quarto considerando del Regolamento stesso) e ribaditi nelle iniziative e proposte di riforma (cfr. la premessa B della risoluzione del Parlamento Europeo del 15 novembre 2011, nonché la parte finale del primo periodo dei *Terms of Reference* della Commissione Europea). Tuttavia, per le ragioni già messe in luce trattando del caso *Interedil* e, in particolare, richiamando le conclusioni

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

dell'Avvocato Generale Kokott, il tema della repressione di quella particolare frode che è ravvisabile nel *forum shopping* abusivo deve, in diritto comunitario, essere affrontato in modo da non comprimere preventivamente l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato, qual è il diritto di stabilimento.

Da questo punto di vista, è opportuno che, in primo luogo, la giurisdizione sia retta da regole <<oggettive>> prescindenti dalla frode e che, in secondo luogo, le allegazioni o sospetti di frode siano poi valutati e, se del caso, la frode repressa dal giudice designato da tali regole <<oggettive>>.

Conseguentemente, in caso di trasferimenti sospetti della sede statutaria in altro Stato Membro in prossimità del manifestarsi dell'insolvenza, l'ottica minimalista imporrebbe, a mio avviso, di scegliere tra due alternative: o lasciare immutata la situazione attuale, quale precisata dalla decisione in *Interdil*, al più intervenendo soltanto sull'attuale tenore dell'art. 3, par. 1 per specificare che la presunzione si applica a favore della sede statutaria che il debitore abbia “*alla data della presentazione della domanda di apertura della procedura*” (così da tener conto esplicitamente anche della decisione nel caso *Staubitz-Schreiber* (Corte di Giustizia, Causa C-I/04, *Suzanne Staubitz-Schreiber*, in *Dir. Fall.*, 2006, 413 ss. con nota DIALTI); ovvero – soluzione che a me sembrerebbe più razionale, ma con riserva di un'eccezione che tra poco indicherò – prevedendo in sede di revisione del Regolamento una presunzione speciale, alla cui stregua, qualora la sede statutaria sia stata trasferita in uno Stato Membro da non più di un breve lasso di tempo (tre mesi? sei mesi?), dovrà presumersi, salvo prova contraria, che il COMI del debitore è rimasto localizzato presso la sede statutaria precedente.

In questo modo, potrebbe, mi sembra, realizzarsi un equilibrato arbitraggio tra i diversi valori in gioco, sostanzialmente non frustrando l'esercizio del diritto di stabilimento in capo al debitore che genuinamente abbia trasferito il suo COMI in altro Stato, ma imponendo a lui (o a chi voglia chiedere l'apertura di una procedura in tale nuovo Stato) l'onere di dimostrare che il COMI ha effettivamente seguito il trasferimento della sede statutaria.

A mio avviso, tuttavia, questa soluzione dovrebbe essere accompagnata e qualificata da una importante eccezione. Qualora il trasferimento di sede statutaria fosse funzionale all'apertura, su istanza del debitore, di una procedura di riorganizzazione nello Stato di nuova sede statutaria, la questione del COMI rilevante ai fini dell'attribuzione della giurisdizione dovrebbe essere risolta con una regola apposita di speciale *favor* per tale procedura.

Le ragioni di questa proposta debbono essere illustrate, avendo riguardo ad un più ampio contesto, dominato o comunque qualificato dal ruolo che in diritto comunitario deve essere riconosciuto alle libertà fondamentali e tra queste, in particolare, alla libertà di stabilimento.

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

8. Libertà di stabilimento, COMI dinamico e favor alle riorganizzazioni transfrontaliere.

Al tema della libertà di stabilimento non è stata data sinora l'importanza che meritava all'interno delle prospettive d'ordine generale da adottare per inquadrare correttamente la riforma del Regolamento. E' bene, invece, farlo o quanto meno iniziare a farlo e il punto di partenza può consistere, a mio avviso, nell'elaborare una nozione aggiuntiva di COMI strettamente coniugata con quella di esercizio del diritto di stabilimento.

Concettualmente, gli interessi principali di un imprenditore non si radicano soltanto nel passato della sua attività ma ben possono, per non dire debbono, essere proiettati anche verso il futuro, includendo, quindi, e in misura che ben può essere preminente l'interesse alla continuità della sua impresa.

L'ovvia ragione per cui sino ad oggi il COMI è stato preso in considerazione solo, per così dire, con ottica retroattiva, non è certo l'incompatibilità delle prospettive future (e quindi degli interessi anche futuri) con l'idea di interessi principali del debitore; la ragione è, piuttosto, l'avversione, che è generalizzata in tutti gli ordinamenti dagli Stati Membri e che è riflessa nel Regolamento, nei confronti dell'idea che l'autonomia privata possa avere un ruolo preponderante o comunque decisivo nel determinare l'allocazione della competenza internazionale in materia di procedure concorsuali.

Non si propone qui di abbandonare o rivoluzionare questa scelta di fondo; si propone, piuttosto, di fare spazio a un titolo di giurisdizione che, accanto al COMI tradizionale individuato grazie alla rilevazione degli interessi del debitore fondati sul passato o individuati guardando al passato, consenta di tener conto degli interessi che il debitore ha alla continuazione della propria impresa mediante riorganizzazione della stessa in altro Stato Membro.

Più specificamente, la proposta che qui è avanzata consiste nel suggerire che il Regolamento riformato contenga una norma ai sensi della quale, ai fini dell'apertura di una procedura di riorganizzazione in uno Stato Membro, il COMI del debitore (o un COMI alternativo o parallelo a quello ordinario) dovrebbe ritenersi localizzato in tale Stato, qualora dalla domanda risulti che, per effetto del trasferimento della sede statutaria o altrimenti (ad esempio, per effetto di un finanziamento messogli a disposizione in tale Stato), il debitore sarà ragionevolmente in grado di continuare la propria impresa in tale Stato grazie all'adempimento del piano di riorganizzazione presentato.

La coerenza di questa proposta con il diritto di stabilimento che ne è il principale sostegno logico-giuridico potrebbe essere a prima vista contestata osservando, sulla scia delle conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott nel caso *Interedil*, che a rigore deve considerarsi come modalità possibile di esercizio del diritto di stabilimento anche un trasferimento della sede in altro Stato Membro, il cui obiettivo sia quello di liquidare,

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

anziché continuare, la propria impresa in tale Stato.

A prima vista, quindi, potrebbe sembrare che qualunque regola innovativa in tema di COMI dinamico, che dia rilevanza ad un intenzionale spostamento del COMI volontario a fini di liquidazione.

Questa conclusione non è, tuttavia, persuasiva per almeno due ragioni.

In primo luogo, è sicuramente più alto il rischio di abuso in caso di trasferimento della sede a fini di liquidazione anziché a fini di riorganizzazione: nel primo caso, il diritto al trasferimento come concretizzazione del diritto di stabilimento può già ritenersi adeguatamente tutelato dalla soluzione in *Interdil* (o da quella sopra prospettata come soluzione minimalista), senza che si debba necessariamente estendere a questa fattispecie la più intensa tutela connaturata all'adozione di una nozione di COMI dinamico.

In secondo luogo – ed è questa, a mio avviso, la considerazione più importante – la procedura di riorganizzazione per la quale potrebbe valere come COMI legittimante quello della nuova localizzazione dell'impresa riorganizzanda dovrebbe essere tale da offrire ai creditori una tutela che una procedura concorsuale liquidativa tipicamente non offre; la tutela, cioè, costituita dalla necessità che il piano di riorganizzazione, perché divenga vincolante, riceva la loro approvazione, solitamente nella forma di approvazione maggioritaria all'interno di ciascuna classe prevista dal piano.

Ovviamente, se questa proposta fosse ritenuta accettabile nella sua impostazione di fondo, si renderebbe necessario non soltanto introdurre con una apposita norma espressa la predetta nozione di COMI dinamico, ma occorrerebbe al contempo prevedere anche una serie di altre norme, necessarie per risolvere delicati e difficili problemi di conflitto e/o di coordinamento tra giurisdizioni.

In particolare, si dovrebbe espressamente regolare il caso di conflitto tra domanda di procedura liquidativa proposta di fronte alla giurisdizione dello Stato del COMI accertato secondo criteri tradizionali e domanda di procedura riorganizzativa proposta di fronte alla giurisdizione dello Stato del COMI funzionale alla riorganizzazione. Il dilemma tra applicare il principio di prevenzione (prevalenza della procedura aperta per prima) o quello di *favor* alla riorganizzazione (con conseguente possibile venir meno del titolo per la continuazione dell'esercizio già avviato della giurisdizione liquidativa) non potrebbe che essere risolto con valutazioni essenzialmente politiche o giuspolitiche, che dovrebbero tradursi in norme espresse da inserire nel nuovo testo del Regolamento.

Non ci si può nascondere, tuttavia, che tanto l'uno quanto l'altro principio tenderebbero a rafforzare considerevolmente le *chances* di riorganizzazione delocalizzata dell'impresa: anche l'adozione del principio di prevenzione avrebbe, infatti, l'effetto di incentivare la corsa a riorganizzare per non vedersi “bruciare” sul tempo dall'accoglimento di istanze di fallimento.

Dal punto di vista del diritto comunitario, questo risultato – cioè, il probabile

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

vizioso aumento di riorganizzazioni delocalizzate – meriterebbe una valutazione sicuramente favorevole, in quanto rispondente sia al *favor* per gli esiti riorganizzativi che dovrebbe essere uno dei motivi ispiratori della riforma del Regolamento, sia agli obiettivi di mercato unico sottesi alla libertà di stabilimento.

E', invece, dai singoli ordinamenti nazionali che verrebbero sicuramente fortissime opposizioni e resistenze: la giurisdizione è una componente fondamentale della sovranità politica nazionale e, più che l'interesse dei creditori (ben salvaguardabile in procedure riorganizzative amministrative dai tribunali di altri Stati Membri), la ragione di fondo sottesa a tali (prevedibilissime) opposizioni e resistenze sarebbe l'interesse al mantenimento entro i propri confini del potere di influenza sull'impresa come fenomeno sociale massimamente rilevante anche sotto il profilo dell'ordine pubblico economico interno.

Come ultima osservazione da proporre nell'ambito di questa prospettiva, segnalo che l'adozione di una nozione dinamica di COMI a fini esclusivamente riorganizzativi offrirebbe, in tema di insolvenza di gruppo, una soluzione probabilmente più lineare ed efficiente di quella che ho chiamato "minimalista" e che si fonderebbe sull'introduzione della presunzione speciale di localizzazione del COMI della controllata nello Stato della sede statutaria della controllante (v. *supra*, par. 7).

Nella sostanza, infatti, la determinazione della giurisdizione grazie al COMI dinamico sarebbe conseguenza della volontà di riorganizzare l'impresa nello Stato scelto grazie all'esercizio del diritto di stabilimento. Conseguentemente, l'accertamento del titolo per la giurisdizione sarebbe intuitivamente ben più agevole dell'accertamento di un titolo che, pur godendo dell'assistenza di una presunzione speciale, rimarrebbe comunque esposto alle incertezze connesse alla possibilità di allegazioni fattuali a prova contraria.

9. Cenni a prospettive di riforma in tema di procedimenti secondari e di regole speciali deroganti all'universalità della *lex concursus*.

Non è possibile in questa sede approfondire altri temi, che pure sono di notevole interesse.

Solo brevi considerazioni saranno svolte su alcuni punti, che tutto lascia pensare saranno oggetto di vivaci dibattiti durante i lavori preparatori della riforma.

In primo luogo, viene in rilievo il tema delle procedure secondarie e territoriali che, ai sensi dell'art. 3, par. 2 del Regolamento nel suo attuale tenore, possono essere aperte in uno Stato Membro (o in più Stati Membri) diverso(i) da quello nel quale già pende un procedimento a titolo principale.

Già si è visto, nell'analisi del caso *Interedil*, che la Corte di Giustizia, fornendo l'autonoma interpretazione comunitaria di dipendenza in termini rigorosi e restrittivi, si è mostrata recisamente contraria alla proliferazione di procedure secondarie locali.

Il punto è se questa interpretazione restrittiva di dipendenza possa bastare o se

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

invece sia opportuno por mano ad un intervento legislativo espresso e più incisivo.

In dottrina (TAYLOR) è stata espressa l'opinione che le procedure territoriali secondarie sono inutili e dannose e che, conseguentemente, sarebbe ragionevole ed opportuno eliminarle del tutto, lasciando che il principio di universalità – che è uno degli assi portanti del Regolamento – dispieghi appieno la sua efficacia

È altamente improbabile che una proposta così radicale passi e, a mio avviso, sarebbe comunque inopportuno che passasse. È vero che la finalità istituzionale di una procedura secondaria può essere soltanto quella di liquidare i beni della dipendenza. Tuttavia, una dipendenza, come ha chiarito *Interedil*, sussiste soltanto là dove vi è un complesso organizzato di beni, energie umane e rapporti che ha le caratteristiche dell'impresa a sé o del ramo d'impresa; e ciò rende di per sé necessaria qualche forma di gestione comunque imprenditoriale di questo complesso, affinché ne sia preservato il valore nell'interesse dei creditori fino a quando non ne sia realizzata la vendita (in blocco o a spezzatino).

Per questo solo motivo, non è di per sé ragionevole supporre che la gestione imprenditoriale della dipendenza fino alla liquidazione dei beni possa essere svolta più efficacemente da un gestore lontano (l'amministratore della procedura principale) anziché da un gestore vicino (l'amministratore della procedura locale).

Più che eliminare totalmente le procedure secondarie locali, conviene piuttosto appoggiare le proposte, che di queste procedure mirano a migliorare l'efficacia e l'efficienza. Al riguardo, due sono le idee condivisibili: da un lato, introdurre regole che migliorino il coordinamento tra procedura principale e procedura/e secondaria/e; dall'altro, rimuovere il vincolo, che impone alle procedure secondarie di perseguire soltanto finalità liquidative: invero, il *favor* generalizzato nello spazio giuridico europeo agli esiti riorganizzativi ovunque essi siano possibili rende del tutto irrazionale il mantenimento del predetto vincolo.

È, invece, oggettivamente difficile arbitrare fra le ragioni contrapposte che sono sottese alle ipotesi di riforma aventi ad oggetto altre eccezioni al principio di universalità (limitata), di cui beneficia la *lex concursus* che governa il procedimento principale.

Il riferimento è, in particolare, alle proposte di riforma delle regole speciali previste per i diritti reali di terzi (art. 5 Reg.) le azioni revocatorie (art. 13 Reg.) e i contratti di lavoro (art. 10 Reg.).

Al riguardo, è condivisibile l'autorevole opinione (WESSELS), secondo cui queste regole speciali riflettono esclusivamente scelte concrete di *policy*, su cui fu a suo tempo raggiunto un faticoso equilibrio tra gli Stati Membri che negoziarono la Convenzione di Istanbul, poi riversata nel Regolamento. Poiché oggi la platea degli Stati Membri è profondamente diversa per numero e per composizione, è del tutto prematuro e azzardato fare previsioni su quali potranno essere alla fine le scelte di *policy*, nuove o di mantenimento dell'esistente, su cui sarà possibile raggiungere un

RELAZIONI A CONVEGNI

L'INSOLVENZA TRANSFRONTALIERA

consenso sufficientemente ampio.

10. Conclusioni.

Conclusivamente si può dire che la riforma del Regolamento ci sarà e sarà probabilmente assai invasiva su punti che toccano nervi sensibili degli Stati Membri e gelose percezioni che ciascuno di essi ha dei propri interessi nazionali.

L'arbitraggio che dovrà essere fatto per arrivare alle scelte definitive sui punti più delicati concernerà essenzialmente la tensione tra ruolo da riconoscere, rispettivamente, all'autonomia privata e alle autorità giudiziarie nazionali all'interno dei nuovi assetti del Regolamento, che è e rimarrà disciplina quadro comunitaria di una pluralità di procedure nazionali diversificate.

Per chi si augura, come chi vi parla, che anche la disciplina comunitaria delle insolvenze promuova la causa del mercato unico, la conclusione da trarre e che vale anche come auspicio è chiara e netta: conviene non avere paura ed accettare che possano essere ridimensionati anche "mostri sacri" della nostra cultura giuridica tradizionale (quali l'assoluta indisponibilità da parte dell'autonomia privata dei titoli per l'esercizio della giurisdizione concorsuale), quando ciò sia necessario per dare piena attuazione alle libertà fondamentali del diritto comunitario ovvero anche soltanto quando ciò sia opportuno per consentire soluzioni atte ad aumentare il benessere complessivo aggregato all'interno dell'Unione, anche se provocano travasi di risorse e di produttività da uno Stato Membro all'altro.

È quest'ultima, in particolare, la prospettiva da adottare con riferimento alle delocalizzazioni a fini di riorganizzazione concorsuale: per quanto impopolari esse possano apparire in una miope visione strettamente nazionale, precluderle o disincentivarle equivarrebbe a sabotare la più importante funzione che la disciplina comunitaria dell'insolvenza è chiamata ad assolvere vuoi in questi tempi di crisi, vuoi in un futuro più prospero come utile strumento di interconnessione e di perequazione tra le economie di Stati tutti appartenenti ad un mercato veramente unico.

MODALITÀ DI ABBONAMENTO

La rivista *Il Nuovo Diritto delle Società* viene distribuita previa sottoscrizione di un abbonamento annuale, che comprende 24 numeri al costo di 120,00 euro.

In seguito alla sottoscrizione, all'abbonato vengono assegnati una *username* ed una *password*, che consentono di accedere all'archivio storico della *Rivista* nonché alle banche dati di *Italia Oggi* (www.italiaoggi.it).

L'abbonamento può essere richiesto:

- telefonando al numero verde 800-822195
- inviando un *fax* al numero verde 800-822196.

In entrambi i casi, è necessario allegare alla richiesta di abbonamento i dati anagrafici e un indirizzo di posta elettronica al quale inviare i numeri della *Rivista* più:

- la fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl - via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano;
- oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195.

Per informazioni e/o segnalazioni contattare il Servizio Clienti al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

ITALIA OGGI EDITORI - Erinne S.r.l.

Sede in Milano via M. Burigozzo, 5 – Cap.Soc. € 10.000,00 i.v.
Codice fiscale e partita I.V.A. n. 10277500152 R.E.A. della CCIAA di Milano n.1357934

Pubblicazione del bilancio ai sensi dell'art. 1, comma 33,
del D.L. 23 ottobre 1996, n. 545 convertito con legge 23 dicembre 1996, n. 650

Bilancio chiuso al 31/12/2012
Redatto secondo i principi contabili internazionali IAS/IFRS

Stato patrimoniale

ATTIVITA'	31/12/11	31/12/12
ATTIVITA' NON CORRENTI		
Attività immateriali a vita indefinita	--	--
Altre immobilizzazioni immateriali	62.345	45.413
Totale immobilizzazioni immateriali	62.345	45.413
Immobilizzazioni materiali	46.657	27.208
Altre partecipazioni	3.732.165	3.618.120
Crediti finanziari	118.080	118.080
Altri crediti	78.544	78.544
TOTALE ATTIVITA' NON CORRENTI	4.037.791	3.887.365
ATTIVITA' CORRENTI		
Rimanenze	243.761	181.173
Crediti commerciali	4.009.417	3.479.516
Crediti finanziari	586.072	100.981
Crediti tributari	1.146.834	1.908.140
Altri crediti	47.893.966	23.186.874
Disponibilità liquide	41.436	234.215
TOTALE ATTIVITA' CORRENTI	53.921.486	29.090.899
TOTALE ATTIVO	57.959.277	32.978.264
PASSIVITA'	31/12/11	31/12/12
PATRIMONIO NETTO		
Capitale Sociale	10.000	10.000
Soci versamenti c/to capitale	633.359	633.359
Riserve	(207.313)	(177.609)
Utile (perdita) dell'esercizio	29.704	(153.990)
TOTALE PATRIMONIO NETTO	465.750	311.760
PASSIVITA' NON CORRENTI		
Debiti finanziari	--	--
Fondo per rischi ed oneri	107.007	65.095
TFR e altri fondi per il personale	819.617	993.810
TOTALE PASSIVITA' NON CORRENTI	926.624	1.058.905

PASSIVITA' CORRENTI

Debiti finanziari	8.867.530	6.463.445
Debiti commerciali	34.657.320	22.433.667
Debiti tributari	305.955	281.907
Altri debiti	12.736.098	2.428.580
TOTALE PASSIVITA' CORRENTI	56.566.903	31.607.599
TOTALE PASSIVITA'	57.493.527	32.666.504
TOTALE PASSIVITA' E PATRIMONIO NETTO	57.959.277	32.978.264

CONTO ECONOMICO	31/12/11	31/12/12
RICAVI		
Ricavi	16.617.554	16.071.782
Altri proventi operativi	5.272.120	4.983.716
TOTALE RICAVI	21.889.674	21.055.498
Costi per acquisti	2.554.833	2.462.192
Costi per servizi	16.587.438	15.865.985
Costi per il personale	2.248.373	2.241.319
Altri costi operativi	138.583	173.027
Margine operativo lordo - Ebitda	360.447	312.975
Ammortamenti e svalutazioni	50.284	159.228
Risultato operativo - Ebit	310.163	153.747
Proventi (oneri) finanziari netti	(187.125)	(268.798)
Risultato ante imposte	123.038	(115.051)
Imposte	(93.334)	(38.939)
RISULTATO NETTO	29.704	(153.990)

Prospetto di dettaglio delle voci del bilancio al 31.12.2012

pubblicato ai sensi dell'art. 1, comma 33, del decreto-legge 23 ottobre 1996 n. 545

convertito con legge 23 dicembre 1996 n. 650

RICAVI DELLE VENDITE E DELLE PRESTAZIONI	
Ricavi della vendita di copie	8.457.432
Ricavi della vendita di pubblicità	3.934.816
- diretta	172.700
- Tramite concessionaria	3.762.116
Ricavi da editoria on line	0
- Abbonamenti	0
- Pubblicità	0
Ricavi da vendita di informazioni	0
Ricavi da altra attività editoriale	3.679.534
TOTALE	16.071.782

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

ItaliaOggi Editori - Erinne srl – Via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano
Telefono 02/58219.1 – Telefax 02/58317598 – email: mlongoni@class.it
Direttore responsabile ed editore Paolo Panerai (02/58219209)

Tariffe abbonamenti: euro 120, 00
(abbonamento annuale 24 numeri)

Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti telefonare al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196 allegando, oltre alla richiesta di abbonamento con i propri dati anagrafici, fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano, oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori - Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195.

Vendita esclusiva per abbonamento.

Servizio Abbonamenti: per informazioni e/o segnalazioni comporre il numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

Concessionaria esclusiva per la pubblicità: Class Pubblicità, via Marco Burigozzo 8 – 20122 Milano Tel. 02/58219500-23 – Fax: 02/58219560 - Executive Chairman: Andrea Mattei - Deputy Chairman Digital: Gianalberto Zaponini.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

Registrazione al Tribunale di Milano n. 618 del 8-11-2002 – Direttore Responsabile: Paolo Panerai

© Tutti i diritti sui dati, le informazioni, i materiali contenuti nella rivista sono riservati a ItaliaOggi Editori - Erinne srl; è vietato pertanto, in via meramente esemplificativa e comunque non esaustiva, copiare, vendere, rivendere e comunque sfruttare a fini commerciali il contenuto della rivista, o di una sua qualunque parte, senza il consenso scritto di ItaliaOggi Editori - Erinne srl.