

FILIPPO D'AMORE

Il concordato preventivo

nel D. Lgs. 14/2019

sfide e opportunità per la mediazione civile e commerciale

1. INTRODUZIONE

CON IL D. LGS. 14/2019 la crisi di impresa, intesa come movimento di persone e imprese, si appresta a salpare per approdi in parte alquanto sconosciuti: il Legislatore Delegato, dopo un percorso per la verità non poco travagliato, ha realizzato una rivisitazione sostanziale del quadro normativo, in un tempo peraltro piuttosto recente dall'ultima riforma che risale al non lontano 2005.

Nell'ambito delle principali novità, il Codice della Crisi e dell'Insolvenza persegue anzitutto una politica di responsabilizzazione dei vari operatori del fenomeno impresa, che spesso nel passato si sono rivelati poco attenti o poco sensibili ad anticipare, e perché no, pianificare la crisi di impresa come possibilità concretamente avverabile.

D'altronde la stragrande maggioranza degli imprenditori, per predisposizione mentale, difficilmente (e giustamente) ama pensare che un giorno potrà essere in crisi e spesso le situazioni diventano incontrollabili: l'intervento professionale o avviene tardivamente, o l'imprenditore, piuttosto che cercare una soluzione pianificata, si limita all'invettiva, con conseguenze davvero nefaste per sé stesso, per i propri creditori e, ultimo ma non per importanza, per il sistema impresa nel suo complesso.

Un tale approccio tuttavia difficilmente potrà sopravvivere alla riforma ormai di prossima entrata in vigore, e ciò per una serie di ragioni:

- anzitutto, vengono rivisitate le responsabilità degli amministratori, dell'organo di controllo e, in linea generale, dei vari interlocutori professionali con cui si interfaccia l'impresa, chiamata a dotarsi ai sensi del nuovo art. 2086 cod. civ. di un sistema organizzativo in grado di monitorare perennemente la situazione;
- nelle modifiche agli articoli del codice civile che trattano appunto della responsabilità degli amministratori (e per riflesso, degli organi controllo) vengono introdotti

per legge metodi di quantificazione del danno da responsabilità come quelli del deficit fallimentare e dei netti patrimoniali (già avversati da dottrina e giurisprudenza), con ciò lasciando presagire una stagione di azioni di responsabilità che rischia di mietere molte vittime se il fenomeno non verrà trattato con la dovuta attenzione;

- e poi, vengono introdotti presidi (in linea teorica) idonei a monitorare l'impresa che entra in crisi, la quale dovrà confrontarsi con la "famigerata" procedura di al-lerta: l'imprenditore dovrà sopportare l'intervento esterno laddove non si attivi tempestivamente e autonomamente per la gestione del problema.

Se così è, non appare fuori luogo ricordare un concetto, ormai consolidato, ma purtroppo ai più non troppo noto, che la crisi dell'imprenditore e l'insolvenza dell'imprenditore non sono termini¹ che hanno lo stesso significato, ma anzi registrano due momenti della vita aziendale, e si pongono il primo come antecedente del secondo, quale progressivo deterioramento delle condizioni dell'impresa.

¹In proposito, sebbene l'insolvenza, come giuridicamente definita, abbia una connotazione legale essa stessa, non può prescindere dalle caratteristiche economico – finanziarie che la contraddistinguono; in questo senso deve ricordarsi che per stato di insolvenza si intende quella situazione di impotenza economico finanziaria, divenuta irreversibile e definitiva, per la quale un soggetto non sia più in grado di far fronte con regolarità alle proprie obbligazioni, sia per mancanza di mezzi propri come anche per via dell'impossibilità di fare ricorso al capitale dei terzi. Per altro verso, invece, la crisi, ancorché non giuridicamente definita, quella situazione nella quale vi siano delle effettive e concrete difficoltà economiche, che ben possono essere contraddistinte da una serie di inadempimenti, ma che non comportano la sussistenza di uno stato irreversibile o comunque definitivo; si tratta pertanto di una situazione nella quale vi sia un forte stress economico – finanziario ma che, con i dovuti interventi, può essere corretto o emendato. È pertanto pacifico che l'insolvenza si contraddistingua per essere una *species* del più ampio *genus* rappresentato dallo stato di crisi ove, ancora, si ribadisce, la situazione è ancora suscettibile di interventi correttivi profittevoli.



E allora, **cosa può fare un imprenditore che si trovi in crisi?** In altri passaggi di questo volume si è parlato in concreto di cosa sia la fase di allerta e di come, l'imprenditore, vi si possa trovare coinvolto.

Autori (assai) ben più autorevoli del sottoscritto hanno messo in guardia dai rischi di una applicazione acritica delle misure di prevenzione della crisi, e non è questa la sede per trattare del problema. **È tuttavia la sede per ricordare però che il nuovo Codice non prevede solo e soltanto che si ricorra all'allerta, ma lascia all'imprenditore un ampio ventaglio di scelte e di strumenti per comporre la propria crisi, sia ben prima che la situazione passi nelle mani dell'allerta medesima o, ancora, e forse più rilevante, prima che la situazione degeneri nella liquidazione giudiziale (*rectius*, nel fallimento).**

Tra questi strumenti spicca, a mio modo di vedere, il concordato preventivo che, spesso maltrattato, ha però le carte in regola per diventare uno strumento all'avanguardia nella regolazione della crisi, a patto che se ne faccia buon uso e che il mondo professionale ne comprenda davvero lo spirito.

Del resto il primo passo verso la consapevolezza è l'autocritica, e allora non si può non ricordare che a partire dalla crisi del 2008 il concordato ha (suo malgrado) vissuto una stagione di grande centralità caratterizzata dall'abuso piuttosto che dall'uso, atteso che gli

imprenditori lo hanno visto come l'approdo utile a mitigare gli effetti² conseguenti a una eventuale dichiarazione di fallimento.

Nello stesso tempo l'istituto ha anche subito la frenetica ipernormazione del Legislatore, che vi ha apportato frequenti e importanti ritocchi tra il 2012 e il 2015; su tutte le modifiche al regime operativo della procedura, tra cui spicca, appunto nel 2012, l'introduzione del silenzio – assenso in sede di voto da parte dei creditori, che spesso disinteressati della procedura non partecipavano alle operazioni e garantivano l'approvazione della proposta solo con il consenso di pochi interlocutori, principalmente quelli maggiormente esposti.

A fronte dell'esperienza riportata dai Tribunali, il Legislatore delegato ha quindi inteso rivisitare il ruolo di questo strumento concorsuale, che con il nuovo codice diventa una procedura con funzioni ben delineate nella seguente direttrice:

- **da un lato spicca il recupero della continuità aziendale;**
- **dall'altro sedimenta l'obiettivo di garantire ai creditori un soddisfacimento ampiamente migliorativo rispetto all'alternativa liquidatoria.**

Nel corso dei paragrafi che seguono si tenterà di tirare le fila delle principali novità dell'istituto: è però sin d'ora opportuno rappresentare che questo contributo non mira a esporre analiticamente i tratti della novella, bensì ambisce, nel suo piccolo, a offrire alcuni spunti di riflessione. L'esposizione dei tratti salienti è quindi volutamente sintetica e lacu-

²Invero, l'accesso al concordato preventivo consentiva all'imprenditore di sottrarsi alle due principali paure che contraddistinguono i dissesti aziendali, vale a dire le azioni di responsabilità da parte delle Curatele e le attenzioni delle Procure per i fatti di bancarotta.

nosa, esposta solo per dare completezza rispetto al ragionamento inerente alle sfide con cui la futura pratica concorsuale potrà, forse, cimentarsi.

In particolar modo, l'obiettivo è quello di osservare, in chiave provocatoria, lo spunto per ricordare che la mediazione civile e commerciale, introdotta dal D. Lgs. 28/2010, non a caso definita commerciale, possa essere anche per il diritto concorsuale un collante tra percorsi che possono legittimamente spaventare, e percorsi invece che laddove ben strutturati possono partire con tutti i presupposti per vedere la luce, anche e soprattutto nella fase successiva all'omologa.

Pur nella consapevolezza che il favore della classe professionale sia, ormai, chiaramente a favore degli accordi di ristrutturazione dei debiti, il concordato preventivo, ad avviso di chi scrive, conserva, a maggior ragione oggi, tutta la sua autenticità e forse anche una parziale preferibilità nell'impianto complessivo della norma, la quale trasuda la volontà di garantire il recupero della continuità aziendale, e quindi la salvaguardia del sistema impresa, rispetto al principio consensualistico (di matrice contrattuale) che invece aveva caratterizzato la fase calante delle riforme della legge fallimentare.

Se così è, l'alternativa concordataria, sottoposta al regime del più pregnante controllo giurisdizionale, può ancora consentire di raggiungere importanti risultati. Anche perché la *ratio* dell'istituto abbraccia con vigore il tema della salvaguardia dei livelli occupazionali, e quindi il concordato si presenta per essere l'alternativa preferibile (e garantista) a vantaggio di tutti gli stakeholder.

Si rinnova però quanto già detto e che si dirà: il fenomeno deve essere gestito con il giusto criterio e, soprattutto, previa abdicazione dei facili costumi che hanno travestito l'istituto.

2. I PROBLEMI DEL CONCORDATO PREVENTIVO E LA MEDIAZIONE COME SOLUZIONE AD ALCUNI DI ESSI

RIPRENDEDO LE FILA dell'introduzione è subito d'uopo centrare il problema mediante l'esposizione di alcuni spunti, divisi per paragrafi, ferma un'ulteriore doverosa premessa: **la mediazione**, che certamente può aiutare, non potrà però essere la panacea di tutti i mali, e **dovrà comunque essere gestita, come tutti gli strumenti, con metodo e soprattutto per il tramite di professionisti qualificati nello specifico segmento.**

Parimenti, essa dovrà essere praticata nel rispetto dei principi di sana gestione dell'impresa, perché laddove vi è frode difficilmente la crisi potrà sperimentare esiti diversi dalla liquidazione giudiziale, e perché se l'imprenditore entra in crisi incolpevolmente, allora la legge gli garantisce gli strumenti per uscirne; se vi entra perché adotta comportamenti scorretti, il sistema reagirà di conseguenza, anche sul piano ultracivilistico.

Va da sé, che al di là delle considerazioni spese in seguito, non a tutti i problemi la mediazione potrà giungere in soccorso dell'imprenditore, allorché alcuni parametri previsti per legge sono tali senza che si possano bypassare: l'imprenditore ne deve prendere atto per così come sono.

2.1 I PROBLEMI DEL CONCORDATO IN CONTINUITÀ

Proprio per partire dall'ultima premessa, un primo problema, concreto, che può venire a presentarsi riguarda la dinamica del concordato in continuità, laddove la norma richiede espressamente il recupero dell'equilibrio economico-finanziario e il mantenimento dei livelli occupazionali (si veda il successivo paragrafo 3).

Se nel primo caso, invero, l'attestazione che dovrà essere chiamato a redigere il professionista appare facilmente eseguibile, allorché lo stesso dovrà commentare i dati propri del debitore, qualche problema potrà sorgere laddove sia previsto il trasferimento dell'azienda a un soggetto terzo ed esterno³, che dovrà a sua volta fare piena *disclosure* dei dati necessari a garantire l'attestazione rispetto alle ricordate prospettive di recupero e salvaguardia. Del resto se vi è il trasferimento dell'azienda, e si vuole beneficiare del favore del concordato in continuità, la verifica del rispetto dei limiti di legge dovrà avvenire in capo di quel soggetto che materialmente proseguirà l'attività di impresa, e ciò poiché i dati che verosimilmente dovranno essere attestati non riguardano soltanto l'impresa in crisi, e quindi l'azienda o il ramo da trasferire, ma anche l'idoneità, in concreto, del soggetto acquirente a raggiungere gli obiettivi prefissati dalla norma. L'indagine dovrà quindi spingersi a elementi che, normalmente, l'imprenditore interessato mai avrebbe divulgato, specialmente se per far fronte al risanamento intenda ad esempio ricorrere a una determinata politica industriale o strategia commerciale. E quindi si pensi, ad esempio, a un concorrente che sia creditore della società in crisi, magari di somme assai contenute, il quale in questo modo potrebbe trarre, legittimamente, le informazioni del proprio competitor e ottenerne un vantaggio. Sicuramente questo non è l'obiettivo che la norma intende realizzare, ma tant'è: *dura lex, sed lex*.

Una tale disposizione pare segnare inesorabilmente il percorso, e tuttavia non può che lasciare un poco perplessi: se può comprendersi, in linea generale, che la verifica abbia a oggetto l'eventuale terzo correlato al debitore, questa soluzione appare molto meno condivisibile se chi rileva l'azienda sia soggetto terzo ed estraneo, che perciò potrebbe essere

³ Se il trasferimento avviene a favore di soggetto tale per essere considerato parte correlata, allora è legittimo che lo stesso sopporti gli obblighi informativi e di attestazione che gravano sul debitore.

chiamato a divulgare, come detto, dati di rilevanza industriale che magari farebbe volentieri a meno di mettere a disposizione.

Se così è, la norma potrebbe ottenere un effetto contrario alla sua finalità, rendendo meno appetibile il mercato delle aziende in crisi, con buona pace del principio della vendita dell'azienda per il tramite delle modalità competitive.



2.2 IL CONCORDATO IN RAPPORTO ALLE AZIONI DI RESPONSABILITÀ

Quanto in senso stretto alla mediazione, terreno fertile è senz'altro l'obbligo per il debitore, con tanto di attestazione, di riferire già in sede di proposizione della domanda circa la convenienza dell'alternativa concordataria rispetto a quella liquidatoria, in particolare per quanto concerne l'esperibilità di eventuali azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie, con un giudizio prognostico tanto sull'esito e sulle prospettive di realizzo.

Se dal punto di vista tecnico non vi è chi non veda come tale esercizio non sia per niente facile, anche perché, al di là del merito, bisognerebbe proiettare la valutazione su un termine piuttosto lungo, attesi i tempi necessari ad arrivare una decisione passibile di ese-

cuzione forzata, il problema assume contorni particolarmente delicati se rapportato alla questione specifica di relazionare in ordine alle azioni di responsabilità⁴.

Nella sostanza l'organo amministrativo dovrebbe proporre un piano che potrebbe inerire direttamente con la sua persona, allorché dovrebbe esporre le azioni esperibili a suo carico per eventuali condotte in contrasto con il diritto del governo societario.

Se così è, ancora, il concordato ne uscirebbe assolutamente depotenziato: **del resto, chi farebbe causa a sé stesso?**

In questo senso la mediazione può apparire decisiva, allorché consentirebbe la pianificazione di questa delicata fase tramite la previsione di un accordo transattivo, da versare in atti con efficacia di titolo esecutivo, con il quale l'amministratore si impegna a risarcire il danno a condizione che il piano sia omologato, il tutto a beneficio di un crisma di certezza alla stessa proposta.

Nel caso opposto, se l'azione fosse proposta, l'amministratore potrebbe certamente resistere in giudizio, e i tempi e modi di definizione si dilaterrebbero a dismisura, sicché l'unica vittima di un approccio disordinato sarebbe solo la proposta di concordato, la quale o non vedrebbe la luce oppure sarebbe destinata ad arenarsi irrimediabilmente.

Ma, ancora, pensiamo a un amministratore incapiente, e allora **il piano potrebbe registrare un accordo reso in mediazione con l'intervento di un soggetto terzo, il quale, a favore dell'omologazione del concordato, mette a disposizione risorse aliene utili al**

⁴ D'altro canto con il concordato è verosimile che l'azione possa non essere esercitata, e allora il debitore, come per le revocatorie, deve esporre il motivo che giustifichi il sacrificio di tale strumento rispetto alla alternativa liquidatoria, dove invece tali azioni verrebbero verosimilmente esperite.

risarcimento del danno. Risorse che, per altro verso, nel caso di mancanza di accordi, non giungerebbero mai a favore della massa dei creditori⁵: l'utilità è evidente.

2.3 LA GESTIONE DEL CREDITO ERARIALE

Un'altra riflessione può certamente coinvolgere il tema, annoso, dei crediti di natura erariale e previdenziale, anche alla luce delle modifiche alla disciplina della transazione fiscale (e previdenziale) portata dall'attuale disposto dell'art. 182-ter della legge fallimentare.

Con il Codice, all'art. 88, viene in sostanza riproposta la vigente disciplina e il debitore può proporre il pagamento, parziale o dilazionato, dei propri debiti di natura erariale e/o previdenziale amministrati, i primi, dalle agenzie fiscali, e, i secondi, dagli enti di assistenza e previdenza obbligatori. Rimangono esclusi i debiti riferiti ai tributi locali non amministrati dalle agenzie, che sono trattati come qualunque credito privilegiato.

In ogni caso, la *conditio sine qua non* per consentire la c.d. *falcidia* è che quanto proposto non evidenzi un rapporto deteriore⁶ per il creditore erariale e/o previdenziale. Laddove tale condizione sia rispettata, il concordato potrà essere omologato anche senza il consenso delle agenzie, almeno fintanto che l'alternativa concordataria (o degli accordi di ristrutturazione, il principio è uguale) sia migliorativa rispetto all'alternativa liquidatoria.

⁵ Dovendosi ragionare in questo ordine di idee anche nel qual caso in cui ci siano interessi diversi e ulteriori nei rapporti tra amministratore e società, come ad esempio nella logica dei gruppi, e quindi l'interesse di un terzo di tenere indenne il proprio esponente potrebbe giocare un giusto peso, e saperlo veicolare può fare la differenza.

⁶ Vale a dire che ciò abbia luogo in misura non inferiore alla somma ricavabile in caso di liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, avuto riguardo al loro valore di mercato, al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o diritto e della quota parte delle spese generali; il tutto sotto obbligo di attestazione da parte di un professionista indipendente. La norma, tuttavia, richiede altresì che se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie. Se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, anche a seguito di degradazione per incapienza, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei crediti rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole.

E allora anche in questo settore, nell'ambito degli strumenti di legge, tra cui senz'altro la mediazione tributaria o la conciliazione, può essere opportuno pianificare il corretto sviluppo della domanda.

Si pensi ad esempio agli atti ancora pendenti, ai giudizi in essere, o in fase di radicamento: la gestione del rapporto con il Fisco in misura trasparente e conveniente può essere senz'altro motivo di efficientamento della proposta, anche perché spesso il carico erariale (e previdenziale) è particolarmente importante.

2.4 LA PIANIFICAZIONE DEL CONSENSO RISPETTO ALLA CONVENIENZA DELLA PROPOSTA, ANCHE CON RIGUARDO AI RAPPORTI PENDENTI

In aggiunta, sempre nell'ottica della mediazione, l'istituto potrebbe essere molto utile a pianificare con i principali creditori la fase di formazione del consenso: lungi dal mercato di voto, fattispecie chiaramente penalmente rilevante, molto spesso vi sono vari interessi coinvolti, tra cui anche i rapporti pendenti da dover regolare in sede di ammissione. La mediazione, secondo il meccanismo contrattuale, è strumento che consente di risolvere situazioni potenzialmente di conflitto, a beneficio tanto del debitore quanto dei creditori.

Tale approccio, peraltro, assume una sua specifica rilevanza rispetto alla necessità di fare istanza di sospensione o di scioglimento da eventuali rapporti pendenti, sicché arrivare in sede di ricorso di ammissione con la situazione ben definita, con accordi, si ricorda, avente efficacia di titolo esecutivo, certamente può essere un vantaggio decisivo. Nei limiti del dovuto, un creditore contento è sicuramente creditore ben disposto.

2.5 RIFLESSIONE DI RACCORDO

Tutte queste considerazioni sono probabilmente suggestioni, da verificare nel corso del tempo; ciò che è certo è che il concordato è strumento interessante, ma probabilmente an-

cora in cerca di un suo equilibrio. Solo la sensibilità del mondo professionale potrà aiutare a trovare un punto di sintesi, ma ad avviso di chi scrive la mediazione potrà essere l'architrave di questo percorso.

Per completezza delle considerazioni appena esposte rispetto all'istituto, nel seguito vi sarà una sintetica trattazione del concordato per come novellato dalla norma.

3. I TRATTI SALIENTI DEL NUOVO CONCORDATO PREVENTIVO

3.1 LE PREMESSE CONCETTUALI

NEL NUOVO TESTO di legge il concordato preventivo è rubricato a partire dall'art. 84, primo comma, e il Legislatore nell'articolo in parola rende sin da subito alquanto evidente la già ricordata finalità perseguita dall'istituto, in quanto «con il concordato preventivo il debitore realizza il soddisfacimento dei creditori mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio».

Già dalla primordiale definizione normativa si può rinvenire un netto taglio con il passato dell'istituto, allo stato odierno normato anzitutto dall'art. 160 della Legge Fallimentare: la disposizione si limitava a definire lo strumento quale un mezzo mediante il quale il debitore poteva proporre ai creditori un piano volto a realizzare una serie di obiettivi indicati dalla norma medesima⁷. Va perciò ravvisato un drastico cambio di passo, e da questa apertura culturale devono essere mosse tutte le successive considerazioni; del resto la *ratio* normativa è esposta in misura talmente chiara che ogni eventuale conflitto interpretativo futuro non potrà che risolversi in accordo al principio testé indicato.

3.2 LA NORMA TRA IL CONCORDATO IN CONTINUITÀ E IL CONCORDATO LIQUIDATORIO

Allo stesso tempo il Legislatore delegato ha risolto una difficoltà alquanto risalente, dando l'innesto necessario a differenziare *ope legis* se un concordato vada considerato liquidatorio o in continuità, intendendosi per concordato in continuità quello che una volta esaurito consentirà il risanamento e la prosecuzione dell'impresa, mentre in quello liquidatorio alla conclusione della procedura cesserà definitivamente ogni attività.

⁷In realtà gli obiettivi delineati dall'art. 160 L.F. rimangono presenti anche nel nuovo testo e risultano traslati nell'art. 85 del Codice. Ciò che colpisce, tuttavia, è la diversa e radicale tecnica legislativa, in forza della quale il legislatore delegato rende nota la finalità che intende attribuire all'istituto.

Ma non solo. Le due versioni di concordato rimangono (erano) differenti anche nell'approvvigionamento delle risorse destinate ai creditori: nel primo queste coincidono sostanzialmente con il ricavato dell'attività d'impresa in pendenza di procedura, mentre nel secondo caso gli attivi da destinarsi alla massa conseguono alla dismissione totale degli asset aziendali.

Invero, nella prassi, non di agevole inquadramento erano quelle situazioni ibride che presentavano elementi comuni ad entrambe le fattispecie, e che perciò erano definiti concordati misti. Stiamo parlando di procedure, ad esempio, le quali ancorché impostate in chiave liquidatoria, prevedevano il trasferimento dell'azienda a terzi soggetti, e perciò sebbene si verificasse la liquidazione degli attivi la stessa attività d'impresa era destinata a proseguire sotto altro imprenditore.

La distinzione, poi, non costituiva un mero interrogativo esegetico, ma aveva delle notevoli ripercussioni sostanziali, atteso che la legge fallimentare imponeva requisiti diversi di ammissibilità tra i due profili, con evidente *favor* verso il concordato in continuità.

Detti contrasti sono ormai risolti dalla novella: sotto il cappello della continuità trovano definitivamente cittadinanza sia la continuità diretta che quella indiretta, come previsto dal secondo comma del già ricordato art. 84 c.c.i., e perciò laddove si verifichi una ipotesi di gestione dell'azienda in difficoltà sotto l'imprenditore in crisi allora si parlerà di continuità diretta, mentre se la procedura sperimenterà l'intervento di un soggetto terzo si parlerà di continuità indiretta, tale a cagione dei vari negozi giudici che possono stipularsi per la gestione e la trasmissione dell'azienda stessa.

Concordato in continuità



l'attività aziendale, direttamente o indirettamente, prosegue al termine della procedura

Concordato liquidatorio



l'attività aziendale cessa con la conclusione della procedura

3.3 DIFFERENZE TRA CONCORDATO IN CONTINUITÀ E CONCORDATO LIQUIDATORIO

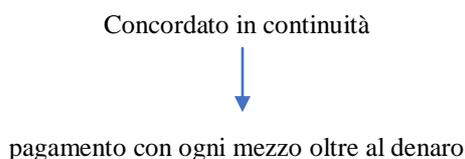
A seconda che si tratti di concordato in continuità o di concordato liquidatorio derivano delle radicali differenze sul piano dei requisiti che il concordato stesso deve possedere, e il Legislatore delegato è stato attento a inserire alcuni presidi utili a evitare situazioni di abuso, memore anche del passato libertino dell'istituto.

Anzitutto, oltre ai requisiti formali, perché si possa parlare di concordato in continuità debbono ricorrere i presupposti sostanziali, rigidi e stringenti, nel seguito elencati:

- nell'ipotesi di continuità diretta è necessario che la previsione dell'attività imprenditoriale sia funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico e finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore in crisi o dei suoi soci;
- in entrambi i casi è necessario che vi sia il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione;

- nel caso di continuità indiretta, poi, la condizione sub. a), in quanto compatibile, si applica anche con riferimento all'attività aziendale proseguita dal soggetto diverso dal debitore.

Un'altra importante distinzione tra alternativa in continuità e alternativa liquidatoria implica che nel primo caso sia possibile prevedere il soddisfacimento dei creditori a mezzo di utilità diverse dal denaro, ovvero mediante un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile, ben rappresentabile anche dalla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa.



Per altro verso, invece, nel caso in cui si presenti un concordato liquidatorio il Legislatore ha imposto che l'imprenditore debba dare ingresso nella procedura a una utilità ulteriore, data da risorse esterne, tale a rappresentare un surplus del 10% tra la alternativa liquidatoria (*rectius*, fallimentare) e quella concordataria. Allo stesso tempo nel concordato liquidatorio è imposta una soglia di soddisfacimento minimo a favore dei creditori chirografari, che non si rinviene invece in quello in continuità: nel primo caso è infatti necessario che il piano assicuri il pagamento di detto ceto nella misura di almeno il 20%, mentre nel piano in continuità non vi sono limiti, per cui concretamente il pagamento potrà anche essere ben inferiore.

Concordato liquidatorio



Pagamento solo a mezzo di denaro, con obbligo di pagamento di almeno il 20% dei creditori chirografari, e con ingresso obbligatorio della procedura di risorse esterne che incrementino le risorse disponibili di almeno il 10% rispetto all'alternativa liquidatoria

In ogni caso le due procedure, al di là delle differenze sostanziali appena indicate, mantengono una identità di genere nello sviluppo processuale della domanda, che rimane soggetta a regole procedurali identiche, tra cui spiccano il controllo di fattibilità giuridica ed economica da parte del Tribunale, la nomina del Commissario Giudiziale e le altre disposizioni in tema di proposte e offerte concorrenti.

3.4 LE CONDIZIONI DI ACCESSO AL CONCORDATO

Non si apprezzano modifiche invece sul piano delle condizioni soggettive e oggettive di accesso alla procedura, che riprendono sostanzialmente quelle già richieste a mente del R.D. 267/1942, riassumibili come segue:

- essere un imprenditore commerciale, allorché per gli altri soggetti sono previsti i differenti riti normati nello stesso D. Lgs. 14/2019;
- versare in stato di insolvenza ovvero in quello di crisi;
- superare, negli ultimi tre esercizi, almeno una delle soglie dimensionali già previste dall'art. 1 della legge fallimentare e riproposte in toto:
 - attivo patrimoniale superiore a euro 300.000,00 €;
 - ricavi per un ammontare annuo superiore a 200.000,00 €;

- debiti, anche non scaduti, superiori a euro 500.000,00 €.

L'art. 85 c.c.i., che norma l'accesso alla procedura, richiede tuttavia il rispetto di altre condizioni giuridiche che vanno soddisfatte in rapporto alla tipologia del piano che il debitore intende articolare. In tal senso:

- se non è previsto l'integrale pagamento dei crediti di natura erariale o previdenziale è obbligatoria la formazione delle classi;
- se è previsto, per alcuni creditori, che il soddisfacimento non abbia luogo in danaro ma a mezzo di altre utilità è altresì obbligatoria la formazione delle classi, volta a distinguere la modalità di trattamento riservata a ciascuna categoria di creditore;
- rimane fermo che la divisione in classi dei creditori non possa e non debba alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione; e parimenti;
- resta possibile il soddisfacimento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca in misura inferiore a quella del relativo credito, purché ciò abbia luogo in misura non inferiore alla somma ricavabile in caso di liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, avuto riguardo al loro valore di mercato, al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o diritto e della quota parte delle spese generali;
- nel caso in cui si dia ingresso a una proposta articolata come sub. 5 è necessaria la presenza di un'attestazione redatta da un professionista indipendente;
- ove ciò accada la quota residua di credito non soddisfatta è retrogradata al chirografo.

3.5. L'ATTIVAZIONE E LO SVOLGIMENTO DELLA PROCEDURA

Iniziare la procedura è prerogativa che spetta esclusivamente al debitore il quale, a mente degli articoli introdotti per la regolamentazione del procedimento unitario di accertamento dell'insolvenza, deposita presso la Cancelleria del Tribunale competente il ricorso con cui, oltre a soddisfare una serie di requisiti formali, deve esporre le ragioni della domanda, il possesso dei requisiti richiesti dalla legge, l'illustrazione delle ragioni di convenienza del concordato tanto per i creditori quanto per i dipendenti (se trattasi di concordato in continuità) e quindi le conclusioni costituenti il *petitum* necessario a chiedere il provvedimento giudiziale di apertura della procedura.

Inoltre, salvo che l'imprenditore non si avvalga della procedura di accesso anticipato, trattata in seguito, dovrà anche avere cura di depositare una serie di documenti tra cui spiccano la proposta di concordato, il piano, l'attestazione del professionista in ordine alla veridicità dei dati aziendali e alla fattibilità dello stesso concordato (oltre a eventuali ulteriori attestazioni se richieste per la tipologia di procedura attivata), l'elenco dei creditori divisi per ragione e titolo di eventuale prelazione, ovvero per classi se previste, oltre all'elenco delle attività e di tutta l'ulteriore documentazione ritenuta d'uopo e opportuna a fronte dell'articolazione della proposta.

Parimenti il debitore deve fare istanza per la concessione di eventuali misure protettive a contenuto patrimoniale, oltre a chiedere eventuali provvedimenti relativi a rapporti pendenti da sospendere o da sciogliere.

Esaurita la fase preparatoria riservata alla Cancelleria⁸, il Tribunale deve attivarsi senza indugio, acquisendo tutti gli elementi ritenuti utili ai fini della valutazione

⁸ Il cancelliere è tenuto a trasmettere la domanda di concordato al registro delle imprese, e detto adempimento deve avvenire entro il giorno successivo a quello di deposito del ricorso. Il conservatore procede all'iscrizione a sua volta entro il giorno successivo e se sono

dell'ammissibilità giuridica della proposta e della fattibilità economica del piano, verificandone la sussistenza.

Alla stessa stregua il Giudice verifica la sussistenza degli altri elementi in fatto e in diritto, in rito e in merito, e quindi pronunzia in camera di consiglio un decreto con cui, se ritiene ammissibile l'apertura del concordato, nomina il giudice delegato e il commissario giudiziale, fissa i termini per le operazioni di voto da parte dei creditori e assegna al debitore termine per il deposito della cauzione relativa alle spese di procedura nella misura ritenuta di giustizia. Dell'ammissione alla procedura deve esserne fatta annotazione sui pubblici registri, tra cui, su tutti, la Conservatoria immobiliare, oltre agli altri registri in cui vi è la menzione di beni soggetti a pubblica registrazione.

A questo punto il Tribunale decide anche sulle misure protettive richieste dal ricorrente, ma questo punto verrà trattato nel seguito.

Nel corso della procedura è rimasta la possibilità che siano presentate proposte concorrenti, vale a dire proposte di concordato formulate dai creditori in alternativa con quella del debitore.

3.6 IL COMMISSARIO GIUDIZIALE

La figura centrale delle fasi che scandiscono il concordato resta certamente il Commissario Giudiziale, il quale è chiamato all'assolvimento di funzioni che sono necessarie al fine di formare il consenso dei creditori che dovranno esprimere il voto, ma che hanno a ogget-

richieste misure protettive ne deve fare menzione. Il Cancelliere è altresì tenuto alla trasmissione della domanda e degli allegati al Pubblico Ministero e, previo collegamento digitale con le Pubbliche Amministrazioni, acquisisce le informative presso enti come l'Agenzia delle Entrate e l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, tra cui rientrano alcuni documenti in particolare.

to anche un più attento vaglio del rispetto delle condizioni di legge sui presupposti della procedura.

In particolare anche con la novella l'ufficio commissariale sarà tenuto a espletare una serie di funzioni codificate, tra cui spiccano senz'altro il controllo circa il rispetto da parte dell'imprenditore degli obblighi informativi imposti dal Tribunale, il dovere di rendere la propria relazione, formare l'elenco dei creditori ai fini dell'esercizio del diritto di voto e, in linea più generale, vigilare sullo svolgimento della procedura e sul rispetto da parte dell'imprenditore delle prescrizioni che gli sono impartite, tenuto conto che con il concordato l'imprenditore si trova in uno stato di spossessamento attenuato (egli, infatti, conserva l'amministrazione dei beni e dell'impresa e può prendere decisioni nei limiti dell'ordinaria amministrazione; per gli atti di straordinaria è necessaria l'autorizzazione del Tribunale sentito il commissario giudiziale).

Ma non solo. Il Commissario Giudiziale è soprattutto tenuto a riferire all'Autorità requirente eventuali circostanze rilevanti ai fini penali ovvero a riferire al Tribunale laddove l'imprenditore abbia commesso atti in frode dei creditori, per effetto dei quali è prevista la sanzione, in caso di accertamento, della revoca dell'ammissione al concordato.

3.7 L'APPROVAZIONE DEL CONCORDATO

Una delle novità sicuramente più significative è senz'altro l'abolizione dell'adunanza dei creditori, ormai superata dalla necessità di regolare questa fase mediante l'utilizzo della tecnologia: il tutto si svolgerà con modalità telematiche.

Il voto, perciò, verrà espresso a mezzo di posta elettronica certificata inviata al commissario giudiziale, e la votazione riguarderà la proposta presentata del debitore, come anche le eventuali proposte concorrenti.

Tra gli adempimenti del Commissario, rilevante ai fini del voto, rimane quella che era la vecchia relazione ex art. 172 L.F. che dovrà inviata a tutti i creditori oltre a essere depositata in Cancelleria.

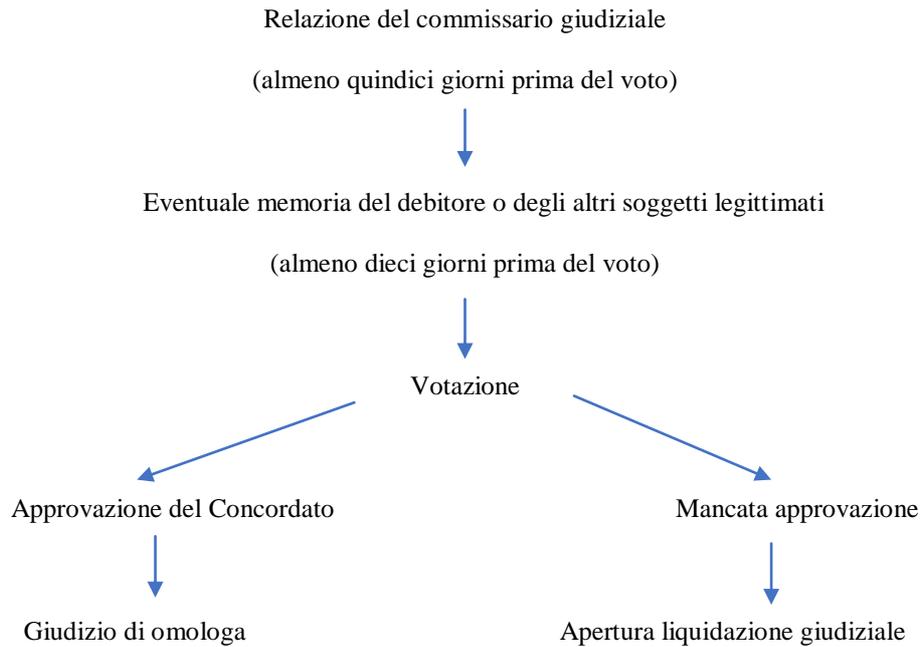
Seguirà una fase, sino a dieci giorni prima della votazione, in cui il debitore, chi ha presentato proposte alternative, nonché i coobbligati, i fideiussori e gli obbligati di regresso possono formulare osservazioni e contestazioni da inviarsi allo stesso Commissario Giudiziale.

Ma non solo, è previsto che anche ogni creditore possa contraddire ed esporre le eventuali ragioni che a suo avviso pregiudichino la fattibilità della proposta: stante la speditezza, ora, il contraddittorio è davvero completo.

Esaurite le operazioni di voto, affinché sia approvato, il concordato deve ricevere il voto favorevole di due distinte maggioranze, ovvero quella dei crediti ammessi, generalmente considerati, e quella delle classi, se previste.

Una interessante previsione, inoltre, nell'ambito delle maggioranze, prevede che laddove vi sia un unico creditore di crediti in misura superiore alla maggioranza degli stessi, il concordato sarà approvato soltanto ove si raggiunga il consenso della maggioranza per teste dei creditori ammessi al voto.

Esaurite le operazioni allora il risultato è chiaro: se il concordato è approvato, la fase passa nel campo dell'omologazione, se non è approvato il Tribunale provvede a dichiarare l'apertura della liquidazione giudiziale.



3.8 L'OMOLOGAZIONE DEL CONCORDATO

Approvato il concordato si deve procedere alla sua omologazione, e perciò deve essere fissata a tal fine da parte del Tribunale l'udienza in camera di consiglio.

Entro il termine perentorio di dieci prima dell'udienza ogni creditore dissenziente o interessato può proporre opposizione all'omologa mediante deposito di apposita memoria in Cancelleria, ed entro cinque giorni prima dell'udienza il Commissario Giudiziale deve far pervenire il proprio motivato parere. Anche il debitore ha diritto a contraddire, e può depositare a sua volta una propria memoria entro due giorni prima dell'udienza.

In sede di omologa il vaglio del Tribunale ha a oggetto la regolarità della procedura e il rispetto delle norme di legge applicabili in materia, e soprattutto deve valutare se il piano sia o meno ammissibile sul piano giuridico e fattibile dal punto di vista economico.

Se ritiene sussistano le condizioni di legge, il Tribunale omologa il concordato con sentenza, reclamabile in Corte d'Appello entro il termine di trenta giorni. Il reclamo può ben avere a oggetto anche l'impugnazione della sentenza di rigetto dell'omologa.

Bisogna anche ricordare che il Tribunale può altresì omologare il concordato ove ritenga lo stesso sia comunque migliorativo dell'alternativa liquidatoria e i creditori dissenzienti non superino il 20% dei crediti ammessi al voto.

Con la sentenza di omologa, se è prevista la liquidazione dei beni, il Tribunale nomina altresì uno o più liquidatori, dispone la formazione del comitato dei creditori, determina le modalità di liquidazione e dispone in capo al liquidatore di effettuare gli adempimenti pubblicitari di legge per quei beni soggetti al regime.

In ogni caso il Commissario Giudiziale prosegue il suo ufficio ed è tenuto a vigilare sullo svolgimento dell'attuazione della procedura, mentre al liquidatore spetta l'attività di realizzazione dell'attivo e di pagamento dei creditori, risultando applicabili in quanto compatibili le disposizioni in materia di liquidazione giudiziale.

Chiaramente, l'effetto dell'omologa è quello di cristallizzare la situazione, con la formazione del vincolo concordatario, in quanto strettamente contrattuale, tra il debitore e i suoi creditori, andando a valere per il futuro solo ipotesi tipiche idonee a dissolvere detto vincolo.

3.9 LE VICENDE PATOLOGICHE SUCCESSIVE ALL'OMOLOGA

Sotto il profilo patologico, nel corso della procedura, si possono venire a verificare alcune situazioni che possono giustificare la dissoluzione dello stesso concordato, e la novella riprende gli istituti dell'annullamento e della risoluzione come previsti nella legge fallimentare, aggiungendovi alcune peculiarità.

Per quanto concerne la risoluzione, ancorché istituto concorsuale, il principio regolatore è mutuato dal diritto comune e perciò l'inadempimento dovrà essere di non scarsa importanza ex art. 1455 cod. civ. Se prima era previsto che solo i creditori avessero titolo a chiedere la risoluzione, con la riforma, anche il commissario, se richiesto da un creditore, potrà farne istanza; in entrambi i casi il termine per chiedere la risoluzione rimane perciò al più tardi entro un anno dall'ultimo adempimento previsto dal concordato.

Per quanto attiene invece l'annullamento esso potrà essere richiesto dal Commissario o da ciascun creditore laddove emergano circostanze che provino che l'attivo è stato sottratto o dissimulato, ovvero che il passivo è stato dolosamente esagerato.

Il termine è di sei mesi dalla scoperta del solo e, in ogni caso, l'azione non può essere proposta dopo due anni dall'ultimo adempimento previsto dal concordato.

Sia in caso di risoluzione che di annullamento segue l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

3.10 LA PROCEDURA DI ACCESSO ANTICIPATO, LE MISURE CAUTELARI E LE ISTANZE SUI RAPPORTI PENDENTI

Secondo la vigente legge fallimentare l'imprenditore in crisi può formulare al Tribunale un ricorso avente natura prenotativa, il c.d. concordato in bianco, con cui chiedere il sostanziale e anticipato ingresso nella procedura, sotto espressa riserva di depositare la documentazione di legge entro un termine fissato dal Tribunale.

Sul piano teorico lo strumento rispondeva all'esigenza di anticipare gli effetti protettivi derivanti dall'ammissione al concordato, e sovente veniva anche fatta domanda in pendenza dello stesso procedimento prefallimentare. Tuttavia, sebbene la *ratio* della norma coincidesse con l'intento di non disperdere oltre la garanzia patrimoniale del debitore, magari già provata da diverse esecuzioni, l'istituto si è presto trasformato in un meccanismo

foriero di abuso, con il debitore che di fatto lo ha utilizzato per ritardare il proprio fallimento o, quantomeno, per cercare di raggiungere obiettivi del tutto estranei alla disposizione.

Con la novella, pertanto, il Legislatore delegato ha messo mano alla questione, e nell'ambito degli strumenti cautelari ha anche inquadrato il problema, privandolo dell'automatismo negativo proprio della passata esperienza.

Il nuovo testo di legge consente ora al debitore di fare istanza per avere accesso anticipato alla Procedura, e il Tribunale vi provvede come se deliberasse la domanda ordinaria, per cui il procedimento è sostanzialmente analogo.

Tuttavia, con il decreto, il Tribunale attribuisce un termine tra trenta e sessanta giorni, prorogabile di altri sessanta giorni su istanza del debitore in caso di giustificati motivi, per il deposito della proposta, del piano e dell'ulteriore documentazione. Contemporaneamente viene anticipata la nomina del Commissario giudiziale, affinché vigili sull'impresa nelle more del termine, e verifichi il rispetto degli obblighi informativi imposti a carico dell'imprenditore medesimo.

In ogni caso non è prevista l'automatica concessione di alcuna misura cautelare protettiva, che deve essere richiesta dall'imprenditore con il ricorso per l'accesso alla procedura.

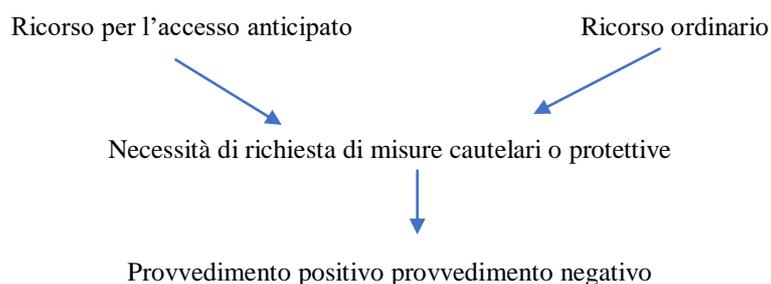
Come anticipato, le misure cautelari, peraltro, non sono nemmeno automatiche neanche con il ricorso ordinario, e in entrambi il caso il debitore è tenuto a fare istanza di ciò che ritiene debba essere concesso in ragione della singola circostanza, e la legge classifica le misure che possono essere concesse nella misura che segue:

1. provvedimenti che assicurino la conservazione dell'azienda o del patrimonio, al fine di assicurare gli effetti della sentenza che disponga l'omologa del concordato preventivo;

2. provvedimenti aventi a oggetto il divieto per i creditori anteriori al deposito della domanda di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari in danno del patrimonio del debitore.

Allo stesso tempo il debitore deve fare domanda, se ritiene, per potere accedere a finanziamenti prededucibili quando ritenuti essenziali a prevenire un pregiudizio in danno dell'attività aziendale, come anche deve chiedere, se ritenuto opportuno, l'autorizzazione a pagare eventuali creditori anteriori, purché ricorra una giustificazione e purché il concordato sia in continuità. Allo stesso modo deve fare domanda per la sospensione o lo scioglimento da eventuali contratti pendenti, motivandone la ragione.

Vale la pena ricordare che le misure possono essere chieste dal debitore, ma il Tribunale non è gravato di alcun automatismo nel doverle concedere, e può decidere secondo il proprio prudente apprezzamento; se così è, il Giudice può anche concederle immediatamente laddove ne ravvisi l'urgenza.



3.11 IN PARTICOLARE SUI RAPPORTI PENDENTI

L'apertura del concordato, per diretta previsione del Legislatore delegato, come già ricordato, non comporta l'interruzione dei rapporti pendenti che proseguono nella normale dinamica contrattuale che li contraddistingue.

Spetta perciò al debitore presentare apposita istanza di sospensione e/o di scioglimento, ma in tal caso egli deve però motivare il perché la prosecuzione, o il mantenimento del vincolo contrattuale, sia ritenuto non funzionale all'esecuzione dello stesso concordato, e la valutazione è rimessa al Tribunale, in tal senso non apprezzandosi alcun automatismo che avrebbe potuto apparire pericoloso.

Altro profilo di rilievo prevede che la eventuale richiesta di scioglimento debba essere presentata unitamente alla quantificazione dell'indennizzo da riconoscere alla parte colpita dal provvedimento, e tale esposizione deve peraltro tenere conto del fabbisogno concordatario (allorché dovrà essere soddisfatta in prededuzione).

Vi è poi una peculiare previsione sui contratti con le Pubbliche Amministrazioni, mentre alcuni istituti contrattuali, come la locazione finanziaria, sono normati nello specifico.

3.12 LA PREDEDUZIONE NEL CONCORDATO PREVENTIVO

Un aspetto sicuramente di assoluto interesse per i professionisti, ma non solo⁹, è la prededuzione, con la novella trasposta nell'art. 98 del codice della crisi e dell'insolvenza. Detto articolo ha il merito di mettere un po' di chiarezza a un dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, molto acceso, a volte anche pericoloso per via delle implicazioni sulla revoca del concordato ai sensi dell'art. 173 L.F.

⁹ Si pensi ai finanziamenti prededucibili ora disciplinati compiutamente dal Codice.

La novella prevede che i crediti di sorte prededucibile debbano essere soddisfatti alle scadenze previste *ope legis* o, comunque, dal contratto.

Rimane inteso che la norma, sulla carta positiva, dovrà essere oggetto di applicazione pretoria: su questo aspetto, mai come per le altre questioni, non può che formularsi ogni più ampia riserva.

4. UN BREVE EXCURSUS SUGLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

SOLO PER CHIUDERE il cerchio si propone una brevissima trattazione degli accordi di ristrutturazione, anche in ricordo alle considerazioni esposte in premessa.

Detto istituto allo stato attuale è disciplinato dall'art. 182-bis L.F., e la novella interviene anche sulla loro disciplina, sebbene in maniera meno *tranchant* di quanto invece apprezzabile per il concordato preventivo.

Trasposti nell'art. 57 e succ. del Codice, gli accordi rimangono infatti tali nell'impianto generale, e perciò sono conclusi dall'imprenditore, non soggetto alle disposizioni per l'apertura della liquidazione giudiziale, con almeno il 60% dei creditori.

I creditori estranei devono essere soddisfatti entro centoventi giorni dall'omologa, e se i crediti non sono scaduti entro centoventi giorni dalla rispettiva scadenza.

Stabiliti i termini di consenso con i creditori aderenti, il debitore deve chiedere l'omologa al Tribunale, che valuta sulla sussistenza dei requisiti di legge.

Il creditore può però raggiungere una moratoria con i creditori dissenzienti o non partecipanti, con cui può essere regolato il quadro dei rispettivi rapporti, sia ai fini della concessione di eventuali dilazioni ovvero, e forse soprattutto, al fine di ottenere l'arresto di eventuali procedimenti cautelari o esecutivi pendenti. **La mediazione, in questo caso, può diventare la strada maestra.**

Nel corso delle trattative è espressamente previsto che il debitore possa inoltre presentare domanda di transazione fiscale alle Agenzie fiscali e agli Enti di previdenza e assistenza obbligatoria, e l'accordo può essere omologato dal Tribunale anche nel caso in cui le stesse Agenzie ne rigettino il contenuto, a patto che:

1. la decisione delle Agenzie sia tale da essere decisiva al fine del raggiungimento della percentuale del 60% stabilita dal rigore della norma;

2. il soddisfacimento dei crediti fiscali e/o previdenziale sia migliorativo rispetto all'alternativa liquidatoria, e comunque non deteriore rispetto alle cause di prelazione.

È richiesta un'attestazione da parte di un professionista indipendente.

La novella, inoltre, nel corpo delle disposizioni, regolamenta anche la posizione dei soci e prevede due particolari ipotesi di ulteriori accordi: all'art. 60 del codice troviamo gli accordi agevolati, mentre all'art. 61 troviamo quelli a efficacia estesa.