

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BARI  
FACOLTÀ DI ECONOMIA  
CORSO DI LAUREA IN ECONOMIA AZIENDALE

---

TESI DI LAUREA  
IN  
DIRITTO FALLIMENTARE

**L'ULTERIORE UPGRADE DEGLI ISTITUTI DI  
GESTIONE DELLA CRISI DI IMPRESA E  
L'INCENTIVO AI FINANZIAMENTI NELLE  
SOLUZIONI CONCORDATE ALLA LUCE DELLA  
L. 122/2010**

Relatore:

Chiar.mo Prof. Michele MONTELEONE

Laureanda:

Angela LACATENA

---

ANNO ACCADEMICO 2009-2010



**L'ULTERIORE UPGRADE DEGLI ISTITUTI DI GESTIONE  
DELLA CRISI DI IMPRESA E L'INCENTIVO AI  
FINANZIAMENTI NELLE SOLUZIONI CONCORDATE ALLA  
LUCE DELLA L. 122/2010**

PREFAZIONE pag.1

*CAPITOLO PRIMO*

*IL CONCETTO DI CRISI DI IMPRESA*

1.1 Concetto aziendalistico e giuridico pag.3

*CAPITOLO SECONDO*

*IL CONCORDATO PREVENTIVO*

2.1 Nozione. Presupposti pag.11

2.2 Contenuto del concordato pag.34

2.3 Configurazione delle classi del ceto creditorio pag.37

*CAPITOLO TERZO*

*I NUOVI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE*

3.1 Natura giuridica pag.42

3.2 Contenuto e procedimento pag.48

3.3L'art.182-bis come modificato dalla L. n. 122/2010 pag.52

CAPITOLO QUARTO

*LA QUINTA RIFORMA DELLA LEGGE FALLIMENTARE*

4.1 L'art 182-quater: pag.57

– La preeducibilità pag.61

– La preeduazione per i finanziamenti bancari pag.68

– La preeduazione per i finanziamenti dei soci pag.72

– La preeduazione per i compensi del  
professionista attestatore pag.75

CONCLUSIONE pag.83

BIBLIOGRAFIA

SITOGRAFIA

## Prefazione

Al centro del sistema imprenditoriale si pone l'imprenditore commerciale il quale è sottoposto ad una particolare disciplina definita dallo Statuto dell'imprenditore commerciale. Si tratta di un complesso di regole che tendono a garantire il corretto e trasparente svolgimento dell'attività di impresa sia per ciò che riguarda i rapporti delle imprese fra loro, sia per ciò che riguarda i singoli rapporti dell'impresa con i terzi. Tale disciplina si articola su due fronti l'assoggettabilità alle procedure concorsuali<sup>1</sup> e il sistema della pubblicità degli atti dell'imprenditore (scritture contabili e registro delle imprese).

Su queste basi, questo lavoro rivolge la sua attenzione al fenomeno della crisi economica dell'imprenditore commerciale evidenziando cosa si intende per crisi d'impresa sotto un profilo giuridico e aziendalistico e, di riflesso, gli impatti che la crisi ha sull'economia generale, colpendo una vasta categoria di creditori (tra i quali tutti quei soggetti che vantano crediti rivelanti nei confronti dell'azienda dissestata).

Vengono anche illustrati gli istituti, ovvero le soluzioni concordate, che il Legislatore mette a disposizione del debitore per evitare la gravosa e dannosa procedura fallimentare.

A tal proposito bisogna evidenziare che a differenza di ciò che disponeva la normativa previgente della legge fallimentare del 1942, gli interventi del Legislatore nel 2005 e 2007 hanno riservato una preziosa considerazione alle soluzioni concordate della crisi d'impresa.

Infatti la legge fallimentare del '42 si disinteressava di questo fenomeno, disciplinando il diritto della crisi d'impresa solamente mediante le procedure concorsuali, tutt'al più il controllo dell'impresa in crisi era gestito dallo Stato con la disciplina dell'amministrazione controllata .

La realtà del R.D. 16 marzo 1942, n.267 concepiva l'intesa della crisi d'impresa come una negoziazione, un accordo, c.d. "concordato stragiudiziale" in quanto non

---

<sup>1</sup> Le procedure concorsuali sono particolari procedure giudiziali, che nel caso in cui l'imprenditore commerciale non sia in grado di adempiere le proprie obbligazioni alle relative scadenze, sottopongono ad esecuzione l'intero patrimonio dell'impresa (procedure generali), coinvolgendo tutti i creditori dell'imprenditore alla data in cui il dissesto è accertato (procedure collettive), mirano ad assicurare la parità di trattamento degli stessi (par condicio creditorium).

vi era un'effettiva procedura concordata.

In queste condizioni il debitore, vedendosi alle strette, intuiva questa soluzione come unica soluzione per sviare o ritardare il ricorso alle procedure giudiziali d'insolvenza, con conseguenze al quanto disastrose e con creditori, forti, che aggredivano il patrimonio residuo del debitore violando anche il principio della *par condicio creditorum*.

L'intervento del Legislatore, avvenuto con il d.l. 14 marzo 2005, n.35 (convertito nella legge 14 maggio 2005, n.80), ha ampliato la flessibilità della gestione della crisi d'impresa, definendo o potenziando – accanto alle tradizionali procedure liquidatorie – procedure alternative di ristrutturazione o riorganizzazione, il cui obiettivo principale è tipicamente la miglior valorizzazione dell'attivo finalizzato all'ottenimento di ritorni più elevati e rapidi a favore dei creditori.

Le soluzioni concordate oggetto della riforma sono riconducibili a tre tipologie pensate come alternative e tarate su gradi crescenti di gravità della crisi: si tratta del “piano idoneo a consentire il risanamento” ex art. 67, comma 3°, lett. d); del nuovo “concordato preventivo” ex art. 160; dell’“accordo di ristrutturazione dei debiti” ex art. 182-*bis*.

In quest'opera, inoltre, si è scelto di approfondire quest'ultima tipologia di “accordo”, il quale – alla luce della nuova disciplina – enfatizza i rapporti diretti tra creditori e debitore, ma soprattutto consente al debitore di regolare la crisi, da un lato evitando la dissoluzione dei complessi aziendali e, dall'altro, garantendo un miglior soddisfacimento del ceto creditorio.

Particolare attenzione è stata posta alle novità introdotte dal D.L. 31 maggio 2010, n.78, convertito in Legge 30 luglio 2010, n.122, alla legge fallimentare, novità che hanno lo scopo di incentivare l'utilizzo dei nuovi istituti per la soluzione concordata della crisi dell'impresa disponendo una regola della prededuzione e introducendo il nuovo art. 182-quater.

## *CAPITOLO PRIMO*

### ***IL CONCETTO DI CRISI DI IMPRESA***

#### ***1.1 PROFILO AZIENDALISTICO E GIURIDICO***

Per raggiungere i suoi obiettivi un'azienda compie una pluralità di operazioni tra di loro coordinate.

In un'impresa l'acquisto di materie prime, la loro trasformazione in prodotti finiti, la vendita delle merci, la corresponsione delle retribuzione ai dipendenti, l'ottenimento di prestiti, la concessione di crediti, i pagamenti e le riscossioni devono succedersi nel tempo in modo da non pregiudicare la continuità dell'attività aziendale.

Questa complessa rete di transazioni e di rapporti giuridici determina per l'azienda il sorgere di diritti ed obbligazioni.

Nel momento in cui l'impresa non riesce a far fronte ai pagamenti in denaro con i propri mezzi monetari, viene a trovarsi in una “situazione di malessere”, situazione che può ripercuotersi tanto all'interno quanto all'esterno dell'azienda stessa.

Nell'ambito della gestione aziendale tale situazione può verificarsi anche in presenza di un equilibrio finanziario. Infatti, anche se le entrate, dal punto di vista quantitativo, sono uguali alle uscite, potrebbe accadere che i tempi di riscossione e quelli di pagamento differiscano tra loro in un dato intervallo di tempo. Bisogna tenere in considerazione, inoltre, che nell'ambito dell'attività d'impresa, si concedono pagamenti dilazionati oppure si contraggono debiti con i propri fornitori.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Si parla in questo caso di *debiti di funzionamento* ovvero passività inserite nella sezione “avere” della situazione patrimoniale di un'azienda che rappresentino debiti verso fornitori che hanno concesso all'azienda dilazioni di pagamento in ordine alla concessione di beni o alla prestazione di servizi effettuate.

Un processo di deterioramento delle condizioni di equilibrio economico dell'impresa può durare anche svariati anni e una protratta situazione di illiquidità può portare l'impresa ad affrontare uno stato di insolvenza.

Questa, come è noto, implica l'incapacità per l'azienda di soddisfare puntualmente le proprie obbligazioni, e rappresenta il presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento.<sup>3</sup>

La gestione della crisi d'impresa è stata nell'ultimo decennio fonte di approfonditi studi, in quanto l'aumento esponenziale del numero di imprese che versano in situazione di crisi ha suscitato allarme, non solo nella singola impresa trovata a dover gestire una crisi aziendale in senso stretto, ma anche nella pubblica collettività, richiamando il Legislatore ad un intervento atto ad ampliare la disciplina di tali situazioni, attraverso modifiche ritenute di maggiore urgenza.

Le cause di una crisi d'impresa possono essere molteplici. Esse vanno generalmente ricercate in difetti o limiti strutturali del sistema aziendale, intervenuti sin dalla sua costituzione ovvero sopravvenuti durante l'esercizio, che delle volte si estrinsecano nell'incapacità da parte del management di avvertire tempestivamente i cambiamenti dell'ambiente nel quale il sistema opera ovvero nella realizzazione di programmi di investimento.

All'origine dei numerosi casi di crisi aziendale analizzate nel corso degli anni, sono state riscontrate cause – in molti casi una diretta conseguenza dell'altra – determinate da diversi fattori, interni ed esterni, mediante i quali è possibile individuare vari tipi di crisi<sup>4</sup>:

- crisi di inefficienza;
- crisi da sovra capacità/rigidità;
- crisi da decadimento dei prodotti;
- crisi da carenza di programmazione / innovazione;
- crisi da squilibrio finanziario.

La *crisi di inefficienza* è una tipologia di crisi che si manifesta nel momento in cui le diverse aree funzionali dell'azienda non riescono a coordinarsi dal punto di

---

<sup>3</sup> Secondo l'art.5 della legge fallimentare: “l'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito. Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare le proprie obbligazioni”.

<sup>4</sup> Cfr. L. Guatri, *Crisi e risanamento delle imprese*, Milano, 1986 pag.14.

vista produttivo, ovvero vengono raggiunti livelli di vendita apparentemente ottimali. La produzione riesce a soddisfare la domanda, ottenendo, di contro, dei rendimenti che non permettono la copertura dei costi, pertanto la conseguenza è un *livello di costi superiore alla media del settore, ovvero superiore ai ricavi*.

La *crisi da sovracapacità/rigidità* deriva da una pluralità di situazioni di natura economica che consistono in una improvvisa e duratura riduzione del volume delle vendite, che possono essere originate da un aumento della capacità produttiva rispetto alle possibilità di collocamento sul mercato, quindi connesse a perdite di quote di mercato oppure originate nel momento in cui vi è un trend inflazionistico dei costi e di conseguenza l'adattamento dei prezzi avviene in tutto o parzialmente in ritardo.

La *crisi da decadimento dei prodotti* è caratterizzata dalla riduzione del margine lordo di profitto, ovvero un margine che garantisce la copertura minima dei costi fissi e comuni. Attraverso tale margine – che viene individuato mediante il margine lordo ed il margine di contribuzione – è possibile misurare la redditività del prodotto, permettendo un intervento anticipato affinché la mancata copertura non trascini l'azienda nelle fasi preliminari della crisi.

La *crisi da carenza di programmazione / innovazione* riguarda l'incapacità dell'azienda di indirizzare il proprio comportamento complessivo al fine prefissato, sopportando eventuali mutamenti dell'ambiente esterno di riferimento.

Con la *crisi* determinata da uno *squilibrio finanziario* l'impresa deve affrontare una serie di perdite economiche – causate da alti oneri finanziari – che nella maggior parte dei casi ha portato la stessa ad una situazione d'insolvenza.

Grazie all'individuazione di questi fattori è possibile, per il management, conoscere ed intervenire sul comportamento aziendale e determinare in che stadio della crisi l'azienda si trovi.

Il processo di degrado delle condizioni di equilibrio, determinato dai suddetti fattori, è articolabile, a sua volta, in quattro stadi: squilibri ed inefficienze, perdite economiche, insolvenza e dissesto<sup>5</sup>.

In relazione a questi stadi è rappresentabile l'evolversi della crisi.

Essa ha inizio con accennati fenomeni di *inefficienza* – si parla di crisi latente –

---

<sup>5</sup> Cfr. L.Guatri, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, op. cit. , pagg.111 e segg.

in cui è importante evidenziare per tempo i segnali premonitori della crisi. Tali fenomeni vengono accompagnati da *perdite economiche* consistenti in una riduzione del capitale di rischio ed erosione delle risorse aziendali.

Ad una crisi c.d. latente può seguire una *crisi progressiva*<sup>6</sup> in cui le perdite economiche si ripercuotono sui flussi di cassa, generando squilibri monetari, ovvero illiquidità, e squilibri finanziari che mettono in cattiva luce l'affidabilità dell'impresa dal punto di vista patrimoniale.

Delineate le cause della crisi ed i relativi stadi, è opportuno evidenziare che in dottrina la crisi aziendale ha avuto ampio spazio di analisi in quanto si può constatare che l'introduzione di tale stato costituisce per il management un valido segnale per poter effettuare semplici ridefinizioni strutturali e strategiche<sup>7</sup>, con la consapevolezza che la crisi costituisce non un fenomeno ciclico per l'impresa quanto l'aggravamento di una fase di tipo strutturale.

Nel tratteggiare la valutazione della crisi aziendale nelle teorie dell'impresa, è chiaro come questa si identifichi in un fenomeno poliedrico causato da molteplici variabili di diversa natura che ne rendono complessa la comprensione.

È d'uopo sottolineare che lo studio della crisi può avere diverse impostazioni (giuridica, gestionale, aziendale, etc...), ma sino ad oggi non ha trovato una dettagliata disciplina che indichi in modo chiaro la soglia minima che introduce lo “stato di crisi”.

Nella maggior parte dei casi il termine “crisi” viene utilizzato come sinonimo d'insolvenza, tali modelli considerano le condizioni finanziarie dell'azienda dando importanza alla struttura del suo patrimonio. Altri studiosi, invece, lo paragonano alla conclusione di un ciclo gestionale negativo con l'identificazione di importanti perdite economiche. Si parla anche di crisi allorquando sia accertato il difetto di economicità, ovvero quando ne risultano pregiudicate sia la dinamica finanziaria che la struttura patrimoniale.

---

<sup>6</sup> Cfr. L.Guatri, *Crisi e risanamento delle imprese*.

<sup>7</sup> Sul punto S. Privato, A. Gilardoni, *Elementi di economia e gestione delle imprese*, Milano, 2000 pag.181: “anche se il declino può costituire il preambolo di una crisi vera e propria, accade frequentemente che aziende sostanzialmente solide possono incontrare periodi di difficoltà e di perdite economiche che non segnalano un male profondo, ma solo che è giunto il momento di procedere ad una ridefinizione delle strutture aziendali e dell'impartizione strategica”.

In verità la confusione innescata nelle teorie aziendalistiche sul concetto di crisi – come anche nelle pronunzie giurisprudenziali<sup>8</sup> – è aggravata anche dal ruolo del Legislatore, il quale se da un lato ha regolamentato l'insolvenza, dall'altro non ha ben definito cosa si deve intendere per “stato di crisi”, rimettendo tale definizione ad una libera interpretazione.

L'insolvenza – come già accennato secondo la legge fallimentare<sup>9</sup> – acquista rilevanza giuridica solo quando si manifesta all'esterno, mediante reiterati inadempimenti o altri fatti che dimostrino l'irrimediabile stato di malessere in cui si trova il debitore.

La procedura concorsuale, pertanto, ha inizio quando la crisi dell'impresa è ormai irreversibile. Inoltre anche nelle discipline comparate<sup>10</sup>, si avverte sempre più l'esigenza di spostare l'attenzione dal concetto d'insolvenza dell'imprenditore a quella della crisi d'impresa, definita dalla dottrina come “*una perturbazione o improvvisa modificazione di un'attività economica organizzata, prodotta da molteplici cause ora interne al singolo organismo, ora esterne, ma comunque capaci di emanarne l'esistenza o la continuità*”<sup>11</sup>.

Pertanto, possiamo affermare che lo stato di insolvenza è un presupposto facilmente accertabile, ma lo stesso non si può dire della crisi d'impresa.

Le perplessità cui s'è fatto cenno vengono confermate dal mutuo riferimento normativo dell'art. 160 l.f..

In primo luogo bisogna constatare che il Legislatore con la Legge n.80/2005 ha sostituito lo stato d' insolvenza - come presupposto del concordato preventivo - con l'ampliata espressione stato di crisi.

---

<sup>8</sup> Sul punto interessanti indagini con rif. M. Ferro A. Ruggiero A. Di Carlo, *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Giappichelli, Torino, 2009.

<sup>9</sup> R.D. 16 marzo 1942, n.267 *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*, pubblicato nella G.U., 6 aprile 1942, n.81.

<sup>10</sup> Nelle esperienze giuridiche europee si registra un comune atteggiamento di favore nei confronti dell'applicazione di norme volte ad agevolare la conclusione di accordi per il superamento della crisi. Si prenda in considerazione l'istituto del “*Reglement amiable*” in Francia, al concordato giudiziale belga, o ancora all' “*Insolvenzplan*” in Germania. Per un approfondimento: Banca D'Italia, *La riforma delle procedure concorsuali. Le soluzioni normative negli Stati Uniti e in alcuni paesi europei*, Novembre 1999.

<sup>11</sup> S. Pacchi, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali alternative*, in Riv. Dir. Fall., 1998, p.996 ss.

Si presuppone, sin qui, che il Legislatore con tale distinzione abbia voluto attribuire allo stato di crisi un significato diverso da quello d'insolvenza<sup>12</sup>, anche se allo stesso tempo lo equipara a quest'ultimo<sup>13</sup>.

A tal riguardo, l'opinione prevalente afferma<sup>14</sup> che lo stato di crisi rappresenti un fenomeno più complesso dell'insolvenza ma meno grave di quest'ultima, che ricorre quando “vi è un affanno economico e finanziario così profondo, così strutturale da rendere impossibile la prosecuzione della normale attività economica, da rendere possibile, qualora non si intervenga, l'insorgenza dello stato di crisi”<sup>15</sup>.

Sul piano logico della nozione di “stato di crisi” si potrebbe ipotizzare, invece, che la disciplina si rivolga a situazioni di crisi caratterizzate anche dall'insolvenza; ciò trova conferma nella riflessione effettuata delle Sezioni Unite, secondo cui: “il presupposto oggettivo del nuovo concordato è la situazione di crisi, da intendersi anche come “stato d'insolvenza”, il che evoca sia situazioni in cui l'impresa versa nell'impossibilità di adempiere le obbligazioni a scadenza, sia situazioni di squilibrio irreversibile, sia situazioni in cui è agevolmente pronosticabile il verificarsi, nell'immediato, di uno di tali inconvenienti”.

Inoltre, il Legislatore, con l'introduzione dell'art. 36 del c.d. Decreto milleproroghe<sup>16</sup>, norma di interpretazione autentica<sup>17</sup>, ha voluto definire quel minimo di coerenza pretesa, prevedendo espressamente, ai sensi dell'art. 160 l.f., 3°co, che la nozione di stato di crisi, nella sua portata ampia e generica, possa includere anche lo stato d'insolvenza, inteso come momento estremo della situazione di anormalità economica dell'impresa.

---

<sup>12</sup> Sul punto R. Gismondi, in *La nuova disciplina del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in [www.dircomm.it](http://www.dircomm.it), 2005, afferma che: “La nozione di crisi sembrerebbe quindi rappresentare un fenomeno che precede l'insolvenza e prelude alla stessa” ... “è plausibile ritenere che il Legislatore abbia inteso riferirsi ad una situazione di crisi al fine di consentire un intervento già in situazioni di difficoltà e quindi ancor prima che il dissesto sia irrimediabile.”

<sup>13</sup> Ai sensi dell'art.160, 3°co. : “Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato d'insolvenza”, equiparato allo stato di insolvenza ai sensi dell'art. 36 del D.L. n. 273/2005.

<sup>14</sup> Cfr., *ex plurimis*, Tribunale di Milano 7 novembre 2005, *Fall.*, 2006,51; Tribunale di Pescara 20 ottobre 2005, *Fall.*, 2006, 222; Tribunale di Palermo 17 febbraio 2006, *Fall.*, 2006, 570; G.Jachia, *Rassegna di giurisprudenza sul nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento on-line*, aprile 2006 e *Fall.*2006,837.

<sup>15</sup> G. Jachia, *Nuova prima lettura del concordato preventivo*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) 2007.

<sup>16</sup> D.L. 30 dicembre 2005, n.273.

<sup>17</sup> Interpretazione favorita da parte della dottrina cfr. AA.VV., *Fallimento, Crisi d'impresa – procedure concorsuali*, IPSOA – Francis Lefebvre, 2008; AA.VV., *Le nuove procedure concorsuali*, La Tribuna, 2008.

A tal riguardo si devono analizzare le prime applicazioni<sup>18</sup> delle norme del concordato preventivo nelle quali parte della dottrina e giurisprudenza<sup>19</sup> riteneva che la nozione di crisi comprendesse sia l'insolvenza, quale situazione irreversibile, sia il pericolo o lo squilibrio economico-finanziario, quale situazione di allerta<sup>20</sup>.

In merito, però, bisogna ricordare la pronuncia di merito<sup>21</sup> nella quale si equipara lo stato di crisi al presupposto dell'amministrazione controllata ovvero "la temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, situazione sicuramente rientrante nello stato di crisi ma sicuramente diversa dall'insolvenza."

È altrettanto vero come lo stato di crisi possa ricomprendere l'insolvenza ma sicuramente ad essa non si riduce<sup>22</sup>.

Sicché, nella tipicità del fatto, nei reati di bancarotta societaria è richiesto il collegamento causale della condotta con il "dissesto della società", ai sensi dell'art. 223, 2° co., n.1, l.f., ovvero con il fallimento della società, ai sensi dello stesso articolo con riferimento al n. 2, e volendo definire il termine "fallimento" vale qui per "insolvenza"<sup>23</sup>.

Detto ciò, l'insolvenza che implica la dichiarazione di fallimento non può ritenersi allo stesso modo requisito d'accesso al concordato preventivo. Di conseguenza il presupposto dello "stato di crisi" rappresenta un requisito anticipatorio – dunque diverso – dall'insolvenza.<sup>24</sup>

Ciò che preme evidenziare è che la mutata disciplina della crisi d'impresa valorizza meccanismi rivolti a preservare il valore dell'impresa stessa come fattore di produzione e sviluppo, come elemento imprescindibile dell'economia nazionale e in tale logica il nostro Legislatore è subentrato con interventi di riforma succedutisi dal

---

<sup>18</sup> Cfr. Tribunale di Salerno 1 giugno 2005, *Fall.*, 2005, 1297.

<sup>19</sup> Decreto Tribunale di Monza, 8 giugno 2005; Tribunale di Mantova, 25 agosto 2005; Tribunale di Milano 17 ottobre 2005 ha precisato che *lo stato di crisi è una condizione che solo eventualmente coincide con lo stato di dissesto, potendo al contrario limitarsi ad integrare la diversa situazione di difficoltà finanziaria non necessariamente prodromica allo stato d'insolvenza.*

<sup>20</sup> Si veda la nozione contenuta nel testo c.d. di maggioranza elaborato dalla Commissione Trevisanato: " *Il presupposto oggettivo può consistere sia nello stato di insolvenza sia anche soltanto in una condizione di squilibrio (economico, finanziario e patrimoniale) che non possa essere superata mediante operazioni di ristrutturazione e il normale ricorso al credito, e che richieda una generale moratoriane confronti dei creditori*".

<sup>21</sup> Cfr. Tribunale Sulmona 6 luglio 2005, *Fall.*, 2005, 793.

<sup>22</sup> Secondo Alessandrini, *Profili penalistici*, pag.117.

<sup>23</sup> Cfr. Pedrazzi, *Diritto penale*, vol. IV, p.776s.

<sup>24</sup> Sul punto Mosco, *Concordato preventivo e piani negoziali per il risanamento dell'impresa*, Banca borsa tit.cred. 2009, 04, 373.

2005 al 2007 riservando grande considerazione alle soluzioni concordate della crisi d'impresa.

## **IL CONCORDATO PREVENTIVO**

### **2.1 NOZIONE. PRESUPPOSTI**

Il protagonista del concordato preventivo è sempre stato l'imprenditore *onesto ma sfortunato*, al quale il Legislatore ha dato la possibilità di evitare le procedure concorsuali.

Andando a ritroso nel nostro ordinamento giuridico, si può notare come già dal precedente Codice di Commercio del 1882 si attenuava la procedura del diritto fallimentare ricorrendo all'istituto della moratoria fallimentare dando al debitore la possibilità di ottenere, dopo la dichiarazione di fallimento, una dilazione di pagamento o di essere utilizzato come mezzo di prevenzione per evitare la stessa procedura<sup>25</sup>.

Con riferimento alla evoluzione di questo istituto dobbiamo ricordare la legge 24 maggio 1903 n. 197 con la quale veniva data all'imprenditore la concreta possibilità di evitare la distruzione del complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa.

Successivamente l'istituto ha subito varie modifiche<sup>26</sup> attraverso le leggi 17 aprile 1925 n. 473 e 10 luglio 1930 n. 995, ma solo con il R.D. 16 marzo 1942 n. 267 vennero introdotte le più importanti novità con specifico riferimento agli artt. 160-186 l.f.

Le varie modifiche nel tempo, non hanno cambiato l'intenzione del Legislatore, muovendosi sempre quest'istituto in un'ottica di beneficio da riservare all'imprenditore insolvente.

---

<sup>25</sup> Ai sensi degli artt. 819 e ss. Codice di commercio, 1882.

<sup>26</sup> In quanto per una critica l'istituto della moratoria venne valutato come "*sistema amichevole di un dissesto commerciale sostituito alla dichiarazione fallimentare*", per tale ragione venne sostituito con il concordato preventivo. Cfr. Bolaffio L., *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinari*, Torino, 1932.

In verità, per oltre mezzo secolo, la disciplina di questo istituto non ha subito modifiche e, fino a pochi anni fa, prevedeva grande severità nelle condizioni di ammissibilità e nelle condizioni legali in base alle quali poteva articolarsi la proposta. Infatti con la proposta di concordato, il debitore insolvente, poteva evitare il fallimento attraverso due strumenti che avevano finalità sia conservatorie (c.d. concordato con garanzie) che liquidatorie (c.d. concordato con cessione di beni).

Altra caratteristica riguardava la soddisfazione dei creditori privilegiati, che non era negoziabile e il debitore era tenuto a offrire l'integrale pagamento mentre la soddisfazione dei creditori chirografari era negoziabile anche se sottoposta a limitazioni. In primo luogo, non erano previste distinzioni per categorie di creditori, quindi non era possibile offrire pagamenti in misura differenziata; in secondo luogo, doveva comunque essere offerta una percentuale minima nella misura del 40% dell'ammontare del credito.

Il procedimento del concordato preventivo si concretizzava in tre fasi: l'ammissione, l'adunanza dei creditori e l'approvazione del concordato da parte del tribunale in sede di omologazione.

Solo recentemente si è assistito a numerosi progetti di riforma dell'istituto, in quanto lo stesso risultava non più adeguato per il salvataggio dell'impresa rispetto allo sviluppo delle diverse esigenze economiche.

Il nuovo concordato preventivo è entrato in vigore da circa sei anni con la L. 14 maggio 2005 n.80 di conversione del d.l. n. 35/2005<sup>27</sup>. Il citato decreto ha ridisegnato solo sei articoli della legge fallimentare ovvero gli artt. 160, 161, 163, 177, 180 e 181, riformulazione che è stata fortemente criticata dalla dottrina<sup>28</sup> e dalla giurisprudenza per la scelta di non riscrivere integralmente l'istituto.

Tale riformulazione ha comportato il superamento della vecchia disciplina, proponendo uno strumento diretto al tentativo di conservazione del patrimonio aziendale nell'ottica di una gestione privatistica della crisi d'impresa<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Decreto recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale del Paese, meglio noto come "decreto sulla competitività".

<sup>28</sup> In questo senso D.Galletti, *Commento all'art.160*, in *Il nuovo Diritto Fallimentare*, commentario coordinato da A.Jorio, Zanichelli, 2006 p.2269.

<sup>29</sup> Cfr. A. Orifici, in *Il nuovo concordato preventivo : i poteri del tribunale, dalla valutazione della ammissibilità della proposta al giudizio di omologa*, in [www.appinter.csm.it/incontri](http://www.appinter.csm.it/incontri).

Infatti, alla luce delle modifiche introdotte dalla riforma, il Legislatore<sup>30</sup> ha voluto esaltare il fenomeno della c.d. “privatizzazione dell’insolvenza”, rendendo il concordato preventivo soluzione idonea ad evitare, attraverso la ripartizione negoziata dei costi e dei benefici tra i soggetti coinvolti, il dissesto.

A dire il vero, il Legislatore, nell’introdurre questo istituto, ha riconosciuto una potenzialità in quanto pensava che tutte le imprese in difficoltà o che avessero avuto una minima possibilità di “riallocazione”, avrebbero fatto ricorso a tale istituto per cercare di trovare nuova spinta economica.

In concreto, contrariamente alle aspettative, così non è stato.

A testimonianza di ciò ritroviamo i cinque anni di esame del dato della prassi da parte dell'Osservatorio Nazionale della Crisi d'Impresa, attraverso il quale si è avuto modo di accertare che il concordato preventivo nel 93% dei casi ha avuto una funzione meramente liquidatoria.

E quindi se lo scopo del Legislatore è stato quello di “riallocare” quello che di buono c'era, evidentemente di buono resta ben poco nel solo 7% dei casi.

Inoltre anche oggi, grazie ai dati statistici elaborati<sup>31</sup>, si può constatare che l’incidenza del ricorso alla procedura di concordato preventivo tra il numero di imprese in concordato e il numero di imprese attive o cessate è piuttosto bassa, infatti si evidenzia uno scarsissimo ricorso a questa procedura da parte delle imprese in crisi.

L’importanza del concordato preventivo oggi è determinata dal fatto che il nostro sistema economico sta attraversando un periodo di estrema sofferenza.

L’istituto, in effetti, viene definito “beneficio”, in quanto comporta sia un effetto protettivo che esdebitativo<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Si potrebbe dire che il Legislatore ha ridisegnato l’istituto del concordato preventivo sul modello dell’istituto della *Corporate Reorganization* previsto dal *Chapter 11* del *Bankruptcy Act* statunitense, che offre un regime di rinegoziazione del debito e rende possibile il coinvolgimento diretto nella gestione della crisi.

<sup>31</sup> Cfr. M. Ferro A. Ruggiero A. Di Carlo, *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2009 pag. 279. A testimonianza le cifre delle procedure fallimentari nel 2010 rispetto alle procedure di concordato preventivo, rese note dal Tribunale di Milano, il più importante foro commerciale in Italia: 929 fallimenti dichiarati, contro i 734 del 2009. Le procedure di concordato preventivo ammesse sono salite a 93 contro le 81 del 2009 e le 42 del 2008. Sono numeri che testimoniano come la crisi abbia un’onda ancora lunga.

<sup>32</sup> Cfr. M. Vitiello, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Rivista italiana di ragioneria e di economia aziendale*, gennaio-febbraio 2008, pag.41.

L'effetto protettivo permette di tutelare il patrimonio del debitore dai ricorsi diretti ad ottenere misure cautelari da parte dei creditori, infatti dal momento del deposito del ricorso diretto ad ottenere l'ammissione al concordato tali azioni non sono più proponibili.

Mentre l'effetto esdebitativo, che nel caso del concordato preventivo ha efficacia e valenza “negoziale” derivante dal consenso dei creditori<sup>33</sup>, si produce al momento dell'omologazione giudiziale del concordato ed esclude la possibilità per i creditori anteriori all'apertura della procedura di agire per il recupero della quota del loro credito rimasta insoddisfatta dopo l'omologazione.

È il caso di sottolineare, inoltre, che l'istituto ridisegnato ha una più ampia applicazione, cioè quella di consentire all'imprenditore insolvente, ed anche a quello che sia semplicemente in difficoltà finanziaria, di proporre ai creditori una sistemazione della posizione debitoria tale da favorire la conservazione dell'attività d'impresa.

Ovviamente tale funzione persegue lo scopo di tutelare l'imprenditore in difficoltà e contemporaneamente coloro che rappresentano la massa creditoria dello stesso.

Nell'ambito della riformulazione negoziale tra debitore e creditore, lo scopo del Legislatore è consistito nel favorire che tra le due figure ci fosse un nuovo contratto, ovvero venisse rinegoziato il contratto sul debito o sul credito, a seconda delle parti.

Più in generale l'istituto del nuovo concordato preventivo<sup>34</sup> si presenta come una procedura concorsuale scaturente da una proposta negoziale – che abbia ad oggetto la ristrutturazione e/o liquidazione dell'impresa – fatta dall'imprenditore in crisi ai propri creditori.

Tutto questo, a differenza della previgente disciplina in cui il concordato preventivo era strumento più volte utilizzato per ritardare la procedura del fallimento, caratterizzato dal ruolo inciso dell'autorità giudiziaria.

---

<sup>33</sup> C.d. effetto esdebitativo “negoziale” contrariamente da quanto dettato dalla legge fallimentare che prevede l'effetto esdebitativo *ex lege* ai sensi dell'art. 142 l.f.

<sup>34</sup> Cfr. SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, Milano, Giuffrè 1984, 313 ss. sulla natura del concordato si confrontano, come è noto, storicamente due teorie: *contrattualistica* e *processualistica*. La prima che vede nel concordato un «contratto» tra il debitore e la massa dei creditori; la seconda un «procedimento» diretto a consentire la sistemazione dell'esposizione debitoria mediante il controllo esercitato dall'autorità giudiziaria, a garanzia dei creditori dissenzienti a non subire le conseguenze di un'iniqua composizione del dissesto.

La riforma delle procedure concorsuali, iniziata con il d.l. n. 35/2005, (c.d. "decreto competitività") e ulteriormente definita con il D.lgs. "correttivo" n. 169/2007, ha voluto facilitare l'accesso all'istituto delimitando il potere del Tribunale, proprio nella fase di ammissione.

Esemplificativamente, appare opportuno, per una migliore intelligibilità delle modifiche apportate all'istituto fare espresso riferimento al provvedimento del *Tribunale di Bari del 25 febbraio del 2008*<sup>35</sup>, che costituisce una delle prime decisioni emesse in tema di ammissibilità della proposta di concordato preventivo e dal quale testualmente si può desumere che:

*“Preliminare all’esame della proposta concordataria appare, in un’ottica di interpretazione logico-sistematica del nuovo concordato, la definizione dei limiti del sindacato giurisdizionale sulla proposta medesima nella fase preventiva di ammissibilità, soprattutto alla luce del D.lgs 169/2007 (cd. decreto correttivo).*

*La riforma del concordato preventivo attuata con il d. l. n. 35/05 ha mantenuto l’originario impianto plurifasico vale a dire del preventivo scrutinio di ammissibilità, della successiva organizzazione del voto ed infine del giudizio di omologazione.*

*Da una prima lettura delle norme introdotte dal Legislatore con il decreto legislativo n 169/2007, emerge, inoltre, che si è scelto di rafforzare il potere di indirizzo del collegio al momento dell’ammissione in quanto l’art. 162 primo comma prevede che: “Il Tribunale può concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti.”, di confermare il potere del tribunale di interrompere l’iter procedurale allorché si verificano i fatti gravissimi contemplati dall’art. 173 l. fall. o vengano meno i presupposti di ammissibilità e, correlativamente, di restringere l’oggetto del giudizio di omologazione, proprio perché già preceduto da tali, pregnanti, verifiche.*

*Si tratta quindi di uno “spostamento a monte” della fase dei controlli.*

*Infatti se il tribunale può “suggerire” integrazioni al piano ex art. 162 l. fall., può non ammettere il piano, può intervenire - anche dopo l’approvazione - per interrompere la procedura, può ritenersi non necessario che ripeta, in assenza di opposizioni, ancora una volta tutti i controlli in sede di omologazione, la quale*

---

<sup>35</sup> Cfr. Tribunale di Bari, sez. IV, 25 febbraio 2008, in *Il Fallimento* n. 6/2008 pagg.682.

*diventa, salvo nel caso in cui ci si ritrovi di fronte ad opposizioni, un momento che si potrebbe descrivere come un controllo finale, come una verifica da un lato della effettiva approvazione da parte dei creditori e dall'altro dell'insussistenza di condizioni ostative (il cui riscontro imporrebbe appunto l'apertura di una procedura ai sensi dell'art. 173 legge fallimentare).*

*Quindi conclusivamente, alla luce delle modifiche apportate dal decreto correttivo può ritenersi che, durante la procedura il tribunale:*

➤ *ai sensi dell'art. 167 l.f. autorizzi gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione (eventualmente superiori ad un certo importo);*

➤ *ai sensi dell'art. 173 l.f., di ufficio apra la procedura volta alla dichiarazione di revoca dell'ammissibilità e, solo su richiesta del PM o di un creditore, dichiari il fallimento dell'impresa nel corso della procedura allorché o si accertano condotte fraudolente del debitore o si accerti la mancanza delle condizioni di ammissibilità descritte dagli artt. 160 e 161 o il compimento di atti senza autorizzazione;*

➤ *ai sensi dell'art. 179 l.f. dichiari, solo su richiesta del PM o di un creditore - il fallimento dell'impresa nel corso della procedura allorché - sussistendo l'insolvenza - la maggioranza dei creditori non abbia approvato il piano.*

*Quindi, il correttivo sembra esaltare la permanenza delle c.d. "valvole di sicurezza" del Concordato Preventivo, di quegli strumenti che consentivano e consentono al Giudice di intervenire ed interrompere autoritativamente la procedura, che consentono al Tribunale di non sottoporre all'adunanza dei creditori situazioni anomale o di non omologare proposte anche approvate dall'adunanza .*

*Tanto premesso, per completezza espositiva, dal tenore letterale dell'art. 180 l. fall., come modificato, emerge che se il concordato è stato approvato a norma del primo comma dell'articolo 177 l.fall. devono intervenire i seguenti adempimenti:*

- a) richiesta del G.D. di fissazione dell'udienza;*
- b) emissione da parte del collegio del decreto di fissazione dell'udienza;*
- c) pubblicazione del decreto a norma dell'art. 17;*
- d) notifica del decreto, a cura del debitore, al commissario giudiziale e agli eventuali creditori dissenzienti;*
- e) comunicazione al pubblico ministero del deposito del decreto di*

*fissazione dell'udienza (non espressamente indicato ma derivante per applicazione analogica dall'art. 161 l. fall. in quanto in alternativa si dovrebbe imporre un adempimento, notifica al P.M., non attribuito dalla legge alle parti quando è chiara, nel citato art. 161 l. fall. l'attribuzione all'ufficio dell'onere delle comunicazioni al P.M.);*

*f) deposito del motivato parere del commissario giudiziale entro dieci giorni prima dell'udienza;*

*g) eventuale costituzione almeno dieci giorni prima dell'udienza del debitore, del commissario giudiziale, degli eventuali creditori dissenzienti e di qualsiasi interessato;*

*h) eventuali opposizioni;*

*i) eventuale assunzione dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti di ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio;*

*j) decreto di ammissione o non ammissione;*

*k) eventuale contestuale sentenza dichiarativa di fallimento;*

*l) pubblicazione a norma dell'art. 17 l. fall del decreto provvisoriamente esecutivo.*

*Pertanto, in assenza di opposizioni il tribunale, accertato l'esito delle votazioni, verificata la regolarità della procedura, constatata la non comunicazione da parte del commissario giudiziale di gravi fatti impeditivi descritti nell'art. 173 l. fall., omologa con decreto.*

*Più in generale, proseguendo nella ricostruzione sistematica dell'istituto il nuovo concordato preventivo appare come una procedura giudiziaria scaturente da una proposta negoziale, formulata da un imprenditore commerciale in crisi economica e quindi o insolvente o in uno stato di affanno, economico – finanziario, strutturale.*

*Essa è idonea a produrre effetti vincolanti per tutti i creditori anteriori alla sua proposta ed è idonea altresì a produrre effetti costitutivi, ovverosia idonea a ridurre i crediti chirografari e privilegiati alla percentuale concordataria e ad esdebitare l'imprenditore in crisi.*

*Come noto infatti, con l'abolizione dei requisiti di cui all'art. 160 primo comma l. fall. e della conferma del previgente 184 l. fall., il Legislatore del 2005 ha*

*implicitamente deciso che l'omologazione del concordato preventivo avesse un effetto esdebitativo a prescindere dalla meritevolezza dell'imprenditore e tale scelta è stata oggi confermata in sede di emanazione del correttivo.*

*Tutte le riflessioni che precedono risentono del dibattito occorso in questi ultimi due anni, ovvero se il Legislatore abbia voluto ricollegare un effetto così dirompente sulla sorte del credito, come la falcidia concordataria, alla mera volontà della maggioranza (per capitale e per classi) dei creditori soggetta soltanto ad un vaglio di legittimità compiuta dalla A.G., o se invece, per converso, residui un approfondito esame giudiziario - a tutela anche dei creditori dissenzienti, assenti o addirittura ignorati – attinente anche alcuni profili del merito.*

*Come visto la risposta resa dal Legislatore delegato del 2007 risulta composita, avendo esteso i poteri del Giudice in sede di ammissibilità, confermato quelli connessi alle “cd. valvole di sicurezza” durante la procedura e ristretto quelli in sede di omologazione.*

*Il filtro dell'ammissibilità, che va armonizzato con le nuove disposizioni introdotte dal Legislatore della novella, risponde a molteplici finalità quali la tutela dell'interesse pubblico diretto ad evitare la disgregazione e la scomparsa dal mercato dell'impresa, ma anche il tentativo di impedire l'instaurazione e l'avvio di procedure destinate a veder fallire gli scopi originariamente prefissati, oltre che la tutela di interessi privati quali quelli dei creditori tesi ad ottenere la miglior soddisfazione possibile delle loro pretese e dello stesso debitore a veder definita, in tempi rapidi ed in modo possibilmente non traumatico, la crisi in atto.*

*La composizione di tali interessi, non di rado in conflitto tra loro, non può che essere affidata all'organo giurisdizionale, istituzionalmente terzo ed imparziale; nel delibare l'ammissibilità della proposta concordataria va tenuto in debito conto il “favor” che il Legislatore, proprio in sede di riforma, ha assegnato all'istituto del concordato preventivo, in alternativa alla tradizionale procedura fallimentare, quale veicolo di ordinaria soluzione, il più possibile concordata e condivisa, della situazione di crisi o di insolvenza dell'imprenditore.*

*Tuttavia, proprio in ossequio alla conclamata finalità “di restituire competitività al sistema delle imprese” e dovendosi sempre procedere al contemperamento delle contrapposte esigenze innanzi cennate, non può sottacersi la*

*dirimente ulteriore circostanza che il vaglio, con l'occhio vigile al tentativo di rilancio dell'economia, deve considerare che, quasi sempre, i creditori dell'imprenditore, sono altri imprenditori (fornitori, erogatori di servizi, finanziatori) la compromissione delle cui aspettative arreca sicuramente nocimento al sistema produttivo ed economico nel suo complesso inteso.*

*Se quindi è indubbiamente sottesa la ratio di facilitare ed incentivare il ricorso al concordato preventivo, il controllo del tribunale, non meramente formale, ma comprensivo di un serio esame del merito della proposta concordataria, trova, come visto, il suo addentellato in diverse disposizioni normative "corrette".*

*Risolto così il problema interpretativo dell'incidenza e dei limiti del sindacato, ai fini del giudizio di ammissibilità della proposta concordataria, il novellato art. 160 l.f. non contiene più l'elencazione dei requisiti soggettivi ed oggettivi una volta posti a fondamento della proposta concordataria, ma prevede esclusivamente il contenuto del piano proposto ai creditori e l'eventuale predisposizione in classi di creditori, cui assegnare trattamenti differenziati.*

*Da orientamenti dottrinali condivisibili è stato ritenuto che "le nuove soluzioni concordatarie – concordato preventivo, accordo di ristrutturazione dei debiti, piano attestato di risanamento - si contraddistinguono:*

*➤ per la flessibilità, essendo il contenuto della proposta (o dell'accordo) "detipizzato" ed aperto a qualsiasi formula atta a conseguire l'obiettivo primario del soddisfacimento dei creditori conciliandolo con l'esigenza, secondo i casi, di ristabilire l'equilibrio economico, patrimoniale e finanziario dell'impresa, di conservare in funzione il complesso aziendale e l'avviamento, di valorizzare in massimo grado i beni e le attività destinate alla liquidazione;*

*➤ per la negozialità, essendo la modalità di soluzione della crisi e la sua "convenienza" fondamentalmente rimessa alla valutazione degli stessi creditori (a maggioranza di capitale) e sottratte all'apprezzamento dell'autorità giudiziaria, se non in caso di opposizioni o di dissenso di talune classi;*

*➤ per il coinvolgimento dei creditori e dei terzi nel progetto di recupero, promozione e riallocazione del valore dell'impresa risultante dalla riorganizzazione economica, patrimoniale, finanziaria e/o proprietaria programmata nell'ambito del "piano" di cui agli artt. 160-161 e 182-bis l. fall., 67 3° co. lett d).".*

*Gli interventi di ristrutturazione patrimoniale, finanziaria e societaria dell'impresa in crisi, sulla scia delle leggi sulla amministrazione straordinaria (artt. 56 e 78 d.lgs. n. 270/1999 e art. 4-bis d.l. n. 347/2003), si sono tanto dilatati da estendersi dalla rinegoziazione dei debiti, anche mediante emissione di obbligazioni (ordinarie o convertibili) e di altri strumenti finanziari, alla ricapitalizzazione della società ad opera dei soci e/o di terzi, alla conversione dei debiti in capitale mediante sottoscrizione riservata ai creditori (o a società da questi partecipate), alla fusione con altra società dotata di adeguati mezzi patrimoniali e finanziari, allo scorporo di azienda e alla scissione finalizzati alla costituzione di nuove società o al trasferimento delle attività e del patrimonio per gli scopi del concordato.*

*E' consentito, inoltre, proporre l'assegnazione ai creditori dei titoli rivenienti da siffatte operazioni "in luogo" del pagamento dei crediti e produrre con ciò un radicale mutamento degli "assetti imprenditoriali", effetto realizzabile, peraltro, anche mediante "assunzione del concordato" da parte di terzi o di società destinate a fungere da apposito "veicolo" di riconversione dei crediti insoluti.*

*A differenza della costituzione della società, la fase della "riorganizzazione" tocca però non soltanto gli interessi e l'iniziativa dei sottoscrittori del capitale, che programmano tra di loro l'iniziativa comune, ma anche quelli di una pluralità di soggetti estranei alla compagine sociale e legati alla società da una relazione d'interesse qualificata: si pensi ai creditori sociali come pure ai "terzi" intenzionati ad acquisirne i beni, il patrimonio, l'attività o il valore.*

*Il nuovo concordato rappresenta, allora, lo strumento idoneo a programmare e realizzare i processi di ristrutturazione più penetranti, che concernono al tempo stesso: sia l'investimento (assetto proprietario, capitale di rischio e partecipazioni sociali), sia il patrimonio (elementi dell'attivo e del passivo, diritti in contenzioso, valori immateriali), sia il finanziamento (capitale di credito e ristrutturazione dei debiti), sia l'organizzazione (tipo, regole di funzionamento, soggetto collettivo), che l'impresa (caratteri dell'attività, composizione dell'azienda, contratti pendenti).*

*Il "grado" di coinvolgimento dei creditori e dei terzi nel progetto di recupero, promozione e riallocazione del valore dell'impresa (o del patrimonio), attesi dalla riorganizzazione della società, dipende dai contenuti del "piano" di cui agli artt. 160-161, 182 bis 67 3° co. lett d) l. fall., il quale presenta, almeno in potenza, una*

*struttura assai diversificata.*

*Con riguardo ai creditori sociali, la partecipazione a tale processo può esplicarsi, in particolare, nell'ambito del "piano" con il differimento e la subordinazione del pagamento dei debiti concordatari all'esito delle operazioni societarie di ristrutturazione dell'impresa in crisi, ovvero con l'attribuzione in soddisfacimento ai creditori (per causa solutoria o novativa) di azioni, obbligazioni, titoli atipici, opzionali o di quote della società "ristrutturanda" o di società collegata.*

*Questa possibilità di regolazione dell'insolvenza potrà essere praticata soltanto a condizione che vi consentano i singoli creditori interessati, esigendo la cessione di partecipazioni sociali, un'esplicita dichiarazione di volontà dagli interessati medesimi.*

*La proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d), tanto ai sensi dell'art 160 2° co. l.fall.*

*Risolta così definitivamente dal Legislatore del correttivo la problematica relativa alla comprimibilità delle ragioni creditorie privilegiate, nel piano si può prevedere una riduzione del credito dei privilegiati a condizione che sussistano tre presupposti:*

*"a) che la somma promessa sia non inferiore a quella realizzabile in caso di vendita, tenendo conto della collocazione preferenziale;*

*b) che il valore di mercato attribuibile al cespite oggetto della garanzia (che può ben consistere anche in credito) sia indicato in una relazione...;*

*c) che non sia alterato l'ordine delle cause legittime di prelazione".*

*Relativamente al problema della configurazione delle classi "La divisione in classi è ... un atto negoziale, di natura unilaterale e non vincolato nelle forme". (cfr. in tal senso Tribunale di Modena, decreto 18 Ottobre 2005, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2006, 668).*

*Il giudizio sulla ragionevolezza della suddivisione in classi deve tenere conto del concreto esercizio dei criteri della posizione giuridica e dell'interesse economico omogeneo, ex art. 160 co1° lett c).*

*Il criterio della "posizione giuridica" impone di tenere presente nella formazione delle classi il grado di protezione del credito e quindi le tradizionali categorie dei creditori prededucibili, privilegiati speciali, privilegiati generali, chirografari e postergati.*

*Per contro, l'elemento dell'omogeneità degli interessi economici "può diventare un fattore aggregante che può frastagliare" le ipotetiche classi formate secondo il criterio della posizione giuridica.*

*Gli interessi economici rilevanti, in via ovviamente del tutto esemplificativa e alla luce dell'esperienza applicativa dell'ultimo biennio, si possono individuare nell'entità del credito, nella posizione del creditore nel piano di recupero, nel ruolo avuto nell'impresa fallita dal creditore, se lavoratore dipendente, fornitore o finanziatore.*

*Inoltre, anche le modalità ed i tempi di soddisfazione possono servire per frammentare i creditori.*

*Per i creditori privilegiati capienti per l'ipotesi della previsione di pagamenti non solleciti, non in denaro e non integrali, pur essendosi registrati orientamenti giurisprudenziali secondo i quali sarebbero ammissibili classi di privilegiati capienti e di creditori in prededuzione con pagamento integrale ma differito, necessariamente con corresponsione di interessi.*

*Tenuto conto della prassi applicativa della giurisprudenza di merito in relazione al diritto di voto dei creditori privilegiati e ricordate le regole di esclusione dei creditori collegati al debitore, dal punto di vista della facoltà di voto, le classi possono ritenersi così conformabili:*

- 1. classi di creditori in prededuzione con previsione di pagamento integrale, immediato ed in denaro: non sono ammesse al voto;*
- 2. classi di creditori privilegiati con previsione di pagamento integrale, immediato ed in denaro: non sono ammesse al voto;*
- 3. classi di creditori in prededuzione con previsione di pagamento integrale, ma e/o non immediato e/o in natura: se si ritiene che siano configurabili:*

*sono ammesse al voto;*

4. *classi di creditori privilegiati con previsione di pagamento integrale, ma e/o non immediato e/o in natura: se si ritiene che siano configurabili: sono ammesse al voto;*

5. *classi di creditori privilegiati che abbiano rinunciato integralmente o parzialmente al privilegio: sono ammesse al voto;*

6. *classi di creditori privilegiati "incapienti" con previsione di pagamento pari o superiore al valore che otterrebbero in caso di liquidazione concorsuale: sono ammesse al voto per la parte di credito incapiente;*

7. *classi di creditori chirografari con previsione di soddisfazione integrale: non ammesse al voto;*

8. *classi di creditori chirografari con previsione di soddisfazione parziale: ammesse al voto;*

9. *classi di creditori postergati: se si ritiene siano configurabili classi di creditori con soddisfazione eventuale, sono ammesse al voto.*

*Premessi i su esposti cenni di carattere interpretativo e sistematico, indefettibili e necessari, passando all'esame della proposta concordataria il piano di ristrutturazione originariamente proposto dalla ..... s.p.a., con il ricorso depositato in data 19.11.2007 prevedeva:*

*– costituzione, ad opera dalla ..... s.p.a., entro sessanta giorni dall'omologazione del richiesto concordato preventivo, di una New Co. per azioni, che si proponeva come Primo Assuntore del concordato, mediante conferimento di parte delle attività concordatarie;*

*– costituzione, ad opera della ..... s.p.a., entro sessanta giorni dall'omologazione del richiesto concordato preventivo, di una seconda New Co. per azioni, che si proponeva come Secondo Assuntore del concordato, mediante conferimento di un bene immobile da parte della ..... s.p.a.;*

*– mantenimento in seno al patrimonio della ..... s.p.a. di un immobile destinato al ristoro dei debiti per imposte e tasse nei confronti dell'Erario così come concordati sulla base del disposto dell'art. 182 ter l.fall.;*

*– cessione gratuita/distribuzione ad opera della ..... s.p.a. ai creditori chirografari legittimati, delle azioni del Primo Assuntore che si sarebbe occupato del*

*soddisfacimento dei creditori privilegiati e successivamente, mediante il rimborso delle azioni, del ristoro dei creditori chirografari nell'ammontare previsto dalla falcidia;*

*– cessione gratuita/distribuzione ad opera della ..... s.p.a. ai dipendenti (creditori privilegiati), delle azioni del Secondo Assuntore a soddisfacimento del loro credito accertato;*

*– dismissione della totalità del patrimonio immobiliare, riscossione dei crediti e pagamento secondo le previsioni di seguito riportate;*

*– la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei;*

*Così confezionata non si presentava conforme al dettato normativo di cui all'art. 160 l.fall..*

*Invero, per certo, si verteva nell'ipotesi sub b) con previsione “di attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da queste partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato”.*

*La facoltà prevista dalla norma, di costituzione di New. Co., è riconosciuta ad un assuntore e giammai, come ritenuto dalla società ricorrente nel suo piano concordatario, allo stesso debitore che, altrimenti, finirebbe per essere “garante ed assuntore di sé stesso”.*

*Il che non è; infatti, con riguardo ai creditori sociali, il differimento e la subordinazione del pagamento dei debiti concordatari all'esito delle operazioni societarie di ristrutturazione dell'impresa in crisi, ovvero con l'attribuzione in soddisfacimento ai creditori (per causa solutoria o novativa) di azioni, obbligazioni, titoli atipici, opzionali o di quote, può avvenire esclusivamente se della società “ristrutturanda” o di società collegata (ipotesi ricompresa questa sub 160 lett. a) l.fall.).*

*In ogni caso questa possibilità di regolazione dell'insolvenza può essere riconosciuta soltanto a condizione che vi consentano i singoli creditori interessati (privilegiati o chirografari che siano), con un'esplicita dichiarazione di volontà e/o successiva dichiarazione di voto in sede di adunanza.*

*Questa indefettibile esigenza del diritto di voto alle classi di creditori, quantomeno privilegiati, nella proposta non era contemplata.*

*Inoltre la cessione delle azioni (il cui rapporto di cambio rispetto al credito non risulta certo e determinato) delle due costituende New Co. unipersonali (il cui capitale sociale da sottoscrivere era incerto nell'ammontare), da parte della ..... s.p.a., quali assuntrici dei crediti sia privilegiati (lavoratori) che chirografari, non poteva ritenersi gratuita, come da proposta, in quanto di fatto avrebbe rappresentato "la soddisfazione del credito vantato".*

*Tanto, a voler sottacere della problematica relativa all'ammissibilità della previsione di una cessione traslativa verso i creditori della proprietà o di diritti reali sui beni del fallito, in quanto nessuno, nè tantomeno i creditori possono essere costretti ad acquisire diritti reali, a cui può per certo essere assimilata l'attribuzione (come la previsione del caso di specie), a titolo di soddisfacimento della propria pretesa, ai creditori di partecipazioni societarie.*

*Il suddetto principio, laddove ritenuto ricorrente come già detto, va temperato, per la tutela del principio di autonomia negoziale, con la previsione del diritto di voto in capo a queste classi di creditori.*

*Alla luce dei rilievi che precedono, il Tribunale ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 162, primo comma, l. fall. e del 163, primo comma, con ordinanza del 28.01.2008 ha assunto un provvedimento interlocutorio, richiedendo al proponente di rettificare la proposta anche con riferimento alla irragionevolezza nella formulazione delle classi.*

#### **MODIFICHE AL PIANO**

*Il piano di ristrutturazione dei debiti e soddisfazione dei crediti proposto, nel rispetto dei dettami del citato art.160 l.f., così come emendato nelle note integrative depositate in data 18.02.2008, prevede la:*

- 1. cessione dei propri beni e/o attribuzione delle attività ad uno o più eventuali assuntori da costituirsi in corso di procedura;*
- 2. dismissione della totalità del patrimonio immobiliare, riscossione dei crediti e pagamento secondo le previsioni di seguito riportate;*

3. *suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei;*

*Nel pieno rispetto di quanto disciplinato dal riformato art. 160 lett b) l.fall., i creditori nel corso della procedura, a miglior tutela delle proprie ragioni di credito, potranno costituirsi assuntori attraverso New Co create a tal fine, anche nell'evidente prospettiva di poter dare esatta e puntuale attuazione al piano industriale.*

#### **MODIFICHE E PRECISAZIONI IN ORDINE ALLA SUDDIVISIONE DEI CREDITORI IN CLASSI**

*La società ricorrente, a parziale modifica della già esposta suddivisione in classi dei creditori, e tanto in ossequio ai criteri di omogeneità di situazione giuridica e di interessi economici di cui agli artt. 160, lett. c), ha riformulato e precisato che i creditori possono essere così raggruppati:*

- a) istituti di credito con privilegio ipotecario*
- b) creditori con privilegio generale (professionisti, sindaci, amministratori);*
- c) lavoratori/dipendenti;*
- d) creditori muniti di privilegio artigiano;*
- e) erario;*
- f) istituti previdenziali ;*
- g) creditori muniti di privilegio ipotecario di grado successivo al primo, non consolidato e quindi oggetto di falcidia concordataria ;*
- h) creditori chirografari banche;*
- i) creditori chirografari fornitori.*

*Specificatamente la proposta come emendata prevede la seguente*

#### **SUDDIVISIONE DEL CETO CREDITORIO**

##### **CREDITI E SOMME IN PREDEDUZIONE**

*Preliminarmente verranno pagate le somme dovute in prededuzione.*

### **CREDITORI PRIVILEGIATI**

a) *istituti di credito con privilegio ipotecario: pagamento integrale dell'accertato credito degli istituti di credito muniti di privilegio ipotecario, entro trenta giorni dalla vendita/dismissione degli immobili trasferiti o attribuiti.*

b) *creditori con privilegio generale pagamento integrale in favore dei professionisti, sindaci e liquidatori entro trenta giorni dalla vendita/dismissione degli immobili trasferiti o attribuiti e comunque dalla realizzazione delle attività concordatarie.*

c) *lavoratori pagamento integrale in favore dei lavoratori nel termine massimo di trenta giorni dalla vendita/dismissione dell'immobile trasferito o attribuito, e comunque dalla realizzazione delle attività concordatarie.*

d) *creditori muniti di privilegio artigiano pagamento integrale in favore dei creditori muniti di privilegio artigiano nel termine massimo di trenta giorni dalla vendita/dismissione degli immobili trasferiti o attribuiti, e comunque dalla realizzazione delle attività concordatarie.*

### **ERARIO ED ISTITUTI PREVIDENZIALI**

*Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, qualora siano incipienti tanto i creditori privilegiati erariali quanto quelli previdenziali, è corretta la formazione di una unica classe con un trattamento paritario di tali posizioni (cfr. in tal senso Tribunale Salerno 04 dicembre 2007).*

e) *erario pagamento, ai sensi dell'art. 182 ter l. fall. (la cui ammissibilità in sede di concordato preventivo è ormai unanimemente riconosciuta), nel termine massimo di trenta giorni dalla vendita/dismissione degli immobili trasferiti o attribuiti, nella percentuale del 36,35% in favore dell'E.TR. s.p.a. (ora Equitalia s.p.a.), percentuale determinata tenendo conto sia del privilegio, sia di quanto potrebbero altrimenti ricevere a fronte di un fallimento che difficilmente assicurerebbe loro un trattamento effettivamente più conveniente.*

f) *istituti previdenziali pagamento, ai sensi dell'art. 160, secondo comma l.f.,*

*nel termine massimo di trenta giorni dalla vendita/dismissione degli immobili trasferiti o attribuiti, nella percentuale del 36,35 % in favore degli istituti previdenziali, percentuale determinata tenendo conto sia del privilegio, sia di quanto potrebbero altrimenti ricevere a fronte di un fallimento che difficilmente assicurerebbe loro un trattamento effettivamente più conveniente.*

#### **CREDITORI CHIROGRAFARI E/O FALCIDIATI**

*g) creditori muniti di ipoteca di grado successivo al primo e non consolidata in caso di fallimento pagamento nella percentuale del 35% in favore dei creditori ... s.r.l. e ... s.p.a., oggi muniti di ipoteca giudiziale di grado successivo al primo, e tanto in considerazione sia dei limiti del valore del bene vincolato, sia del mancato consolidamento delle ipoteche in caso di fallimento e quindi della perdita del loro privilegio.*

*La somma nella percentuale stabilita concordatariamente, viene considerata di natura chirografara.*

*h) creditori chirografari banche pagamento in favore dei creditori chirografari banche nella misura concordataria del 24,51%, entro trenta giorni dalla vendita/dismissione degli immobili o attribuzione delle attività concordatarie a trasferirsi.*

*i) creditori chirografari fornitori pagamento in favore dei creditori chirografari fornitori nella misura concordataria del 24,51%, entro trenta giorni dalla vendita/dismissione degli immobili o attribuzione delle attività concordatarie a trasferirsi al primo assuntore.*

*Dal prospetto degli impieghi, come evidenziato dalla proponente nella originaria proposta, la debitoria complessiva è pari ad € 22.904.273,00 e contempla l'integrale pagamento delle spese di giustizia, come rappresentato dal prospetto dello stato patrimoniale della società ante concordato, a pag. 9 del ricorso, e comprovato dai documenti allegati ex art 161 l.fall. (specificatamente dalla relazione sulla situazione patrimoniale economica e finanziaria dell'impresa con dati contabili ed allegato bilancio, aggiornati al 30.09.2007 e relazione attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano))*

*Per converso, dall'elenco estimativo dei creditori con indicazione dei rispettivi*

*crediti e delle cause particolari di prelazione ed anagrafica (all. sub nr. 3 ) è dato desumere che il fabbisogno concordatario relativo ai pagamenti, come proposti, ammonta ad € 22.501.901,00.*

*Alla luce di quanto sin qui evidenziato va rilevata la sussistenza delle condizioni per l'ammissione della società ricorrente alla procedura invocata prevista dall'art. 160 l.f., verificata, come detto, la completezza e la regolarità della documentazione prodotta e allegata dalla società ricorrente, ai sensi degli artt. 161 e 163 l.f..*

*I beni e le attività offerte, alla luce di una valutazione ex ante, sommaria e probabilistica, possono fondatamente essere considerati sufficienti al pagamento per intero delle spese e dei creditori ipotecari e privilegiati, nonché dei creditori chirografari nella misura innanzi indicata.*

*P.Q.M.*

*letti gli artt. 160 e segg. l.f.,*

*A M M E T T E*

*la “..... s.p.a. in liquidazione”, con sede in (omissis), Via (omissis), c.f. e numero di iscrizione al Registro delle Imprese (omissis), iscritto al R.E.A. (omissis), in persona del suo legale rappresentante liquidatore signor (omissis), unitamente al co-liquidatore signor (omissis), alla procedura di concordato preventivo con cessione dei beni alle condizioni indicate nel ricorso depositato il 19.11.2007 e nella proposta integrativa del ricorso depositata in data 18.02.2008.*

La domanda di concordato preventivo si propone con ricorso al tribunale del luogo dove l'imprenditore ha la sede principale.

Inoltre dopo la riforma, particolare rilievo è stato dato ai creditori ed al ruolo del tribunale.

Come visto, ulteriore oggetto di discussione è stato il tipo di controllo che il Tribunale deve effettuare in ordine alla proposta, al piano ed alla documentazione allegata.

Infatti è significativo il diverso orientamento della giurisprudenza e della dottrina sul punto. Tant'è che l'orientamento giurisprudenziale tende, il più delle volte, a salvaguardare il ruolo di controllo del Tribunale, di contro, la tesi dottrinale

tende a limitare il sindacato del Tribunale ad una verifica sostanzialmente di tipo «notarile»<sup>36</sup>.

Tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale<sup>37</sup> prevalente attribuisce al Tribunale un controllo di regolarità procedurale, tanto formale quanto sostanziale, consentendo una valutazione della coerenza e della logicità del contenuto della relazione dell'esperto, senza, però, valutare né la convenienza né la concreta fattibilità del piano.

Altro orientamento, adottato da alcuni giudici di merito<sup>38</sup>, subito dopo l'entrata in vigore del D.L. 35/2005, ha riconosciuto il potere del Tribunale di entrare nel merito dell'operato del professionista, così da accertare automaticamente la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, al fine di verificare la serietà delle garanzie offerte dal debitore.

Non condividendo quest'ultimo orientamento, è intervenuta sull'argomento la prima sezione civile della Corte di Cassazione con una recente pronunzia<sup>39</sup>, nella quale viene evidenziato il contrasto dell'orientamento con il dettato normativo. Infatti dalla norma si ricava che il favor del Legislatore ha inteso dare prevalenza alla natura contrattuale e privatistica del concordato, in cui elemento decisivo è costituito dal consenso dei creditori.

Inoltre, si mette in evidenza come la legge demanda al commissario giudiziale il compito di garantire che i dati sottoposti alla valutazione dei creditori siano completi, attendibili e veritieri, così che gli stessi possano decidere con cognizione di causa sulla base di elementi che corrispondono alla realtà. L'attribuzione al commissario giudiziale di tale compito ( art. 173 l.f.<sup>40</sup>) porta ad escludere che il Tribunale, in detta sede, possa estendere il suo sindacato all'accertamento della veridicità dei dati aziendali.

È vero che il Tribunale viene privato del potere di valutare la convenienza economica del concordato e la garanzia della veridicità dei dati aziendali spetta al

---

<sup>36</sup> Cfr. G. Bozza, *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze della nuova disciplina*, in *Il fallimento 2005* pagg. 1208-1217.

<sup>37</sup> Cfr. Tribunale di Biella, 05 ottobre 2006; Tribunale di Milano, 09 febbraio 2007.

<sup>38</sup>

<sup>39</sup> Cfr. Cassazione civile, sez. I, 25 ottobre 2010, sentenza n. 21860.

<sup>40</sup> L'art. 173 l.f. è una norma volta ad evitare sia frodi ai creditori sia collusioni tra la maggioranza dei creditori e il debitore, vale a dire quegli atti preordinati a fornire una falsa rappresentazione della realtà per conseguire l'indebita approvazione del concordato.

commissario giudiziale, ma è pur vero che continua a svolgere un ruolo essenziale nella procedura.

Infatti è compito del Tribunale verificare che la relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa sia aggiornata e che contenga effettivamente una dettagliata esposizione; verificare che lo stato analitico ed estimativo delle attività possa considerarsi tale e che la relazione del professionista attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano sia adeguatamente motivata con indicazione delle verifiche effettuate, della metodologie e dei criteri seguiti per pervenire all'attestazione di veridicità dei dati aziendali ed alla conclusione di fattibilità del piano; inoltre ad esso spetta sempre il potere di determinare la revoca dell'ammissione al concordato e la dichiarazione di fallimento nel corso della procedura *in qualunque momento*, anche nel caso in cui sia stata conseguita la maggioranza per l'approvazione del concordato da parte dei creditori.

Pertanto compete al Tribunale, attraverso la nomina del commissario, condividere le conclusioni prognostiche positive espresse nella relazione del professionista designato dal debitore in ordine alla fattibilità del piano.

Il Tribunale, e qui sta l'innovazione più significativa rispetto al passato, non ha peraltro più un ruolo di indagine, e quindi di decisione, sulla *convenienza economica* e sulla *meritevolezza* del concordato, ma è deputato a vigilare sulla trasparenza dell'operazione e sulla corretta informazione dei creditori al fine di rendere attendibili le informazioni sulla base delle quali gli stessi debbono esprimere il loro voto sulla proposta di concordato<sup>41</sup>.

In sostanza uno dei presupposti per l'ammissione alla procedura è la relazione di un piano concreto e non solo astrattamente realizzabile, focalizzato sulla fattibilità e sulla veridicità dei dati aziendali.

Per quanto concerne i presupposti, bisogna ricordare che il D.L. n.35/2005 ha mantenuto l'originale *impianto plurifasico*, ma ha modificato i presupposti soggettivi ed oggettivi per accedere al concordato preventivo.

---

<sup>41</sup> Cfr. SACCHI, *Il concordato preventivo*, in *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa*, a cura di Jorio, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 328, Milano, Giuffrè 2009, pag. 53.

Con la riforma il presupposto soggettivo assume una valenza priva di valutazioni sulla condotta dell'imprenditore, dal momento che l'attuale art. 160 l. f., si riferisce meramente all'essere "imprenditore".

Può dunque accedere alla procedura di concordato preventivo l'imprenditore assoggettabile a fallimento<sup>42</sup>, individuato dall'art. 1 l.f. come modificato dal D.lgs. n.169/2007, ovvero l'imprenditore commerciale, individuale o collettivo, a condizione che non risulti la compresenza dei tre limiti dimensionali descritti dall'art. 1, lett. a), b) e c) l.f., vale a dire:

a) che l'attivo patrimoniale del bilancio degli ultimi tre esercizi non sia mai stato superiore alla soglia di trecentomila euro;

b) che i ricavi lordi degli ultimi tre esercizi non siano mai stati superiori ai duecentomila euro;

c) che l'esposizione debitoria complessiva, comprensiva dei debiti non scaduti, non sia superiore ai cinquecentomila euro.

Resta, invece, escluso l'imprenditore agricolo (art. 2135 c.c.) e l'ente pubblico (art. 2093 c.c.), e ciò anche ai sensi di quanto dispone l'art.2221 c.c.

Ovviamente l'onere della prova dell'inammissibilità del fallimento incombe sul debitore contro il quale sia stata presentata la relativa istanza<sup>43</sup>.

Quanto al presupposto oggettivo, prima della riforma coincideva con lo "stato di insolvenza" e l'imprenditore poteva adire il Tribunale fintanto che il suo fallimento non fosse stato dichiarato (ex art. 160 l.f.).

Oggi, accanto al consueto presupposto oggettivo costituito dallo "stato di insolvenza", rientrato nell'art. 160, l.f. grazie all'art. 36 del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, è stata introdotta la nozione di "stato di crisi" (art. 160 l.f., 1° co.).

Nozione che ha aperto numerosi dibattiti interpretativi.

Con riferimento all'analisi compiuta dalla scienza aziendalistica, si è distinto il caso della *azienda in attività*, da quello della *azienda in stato di liquidazione*.

In molti sostengono che tale concetto<sup>44</sup> sia diverso dallo stato d'insolvenza – anche se lo può includere al suo interno – e che può configurarsi come: crisi

---

<sup>42</sup> Ovvero l'imprenditore commerciale che svolge le attività elencate ai sensi dell'art.2195 c.c.

<sup>43</sup> Cass., sentenza n.11309 del 15 maggio 2009.

<sup>44</sup> Come già trattato nel capitolo 1 di questo lavoro.

finanziaria, crisi economica e crisi patrimoniale<sup>45</sup>; peraltro, tale stato è diagnosticabile anche in termini prospettici.

Bisogna prendere in considerazione, tra l'altro, come alcuni Tribunali, trovandosi di fronte ad una vera e propria situazione d'insolvenza abbiano respinto domande di concordato, ritenendo che lo stato di crisi non fosse idoneo a ricomprendere lo stato di insolvenza rilevato<sup>46</sup>.

Infatti la Cassazione<sup>47</sup> si è espressa in merito definendo che lo stato d'insolvenza previsto nel concordato preventivo si differenzia da quello richiesto per la dichiarazione di fallimento solo sotto il profilo che nel primo caso l'insolvenza non deve essere tale da impedire una prognosi favorevole in ordine al pagamento dei creditori almeno nei tempi e nelle misure minime previste dalla legge.

---

<sup>45</sup> Nella crisi *economica*, la negatività riguarderebbe il profilo reddituale (con erosione del patrimonio netto), in pratica i costi sono maggiori rispetto ai ricavi ; nella crisi *finanziaria* vi sarebbe una mancanza di mezzi a breve (deficit dei flussi di cassa, ad esempio, magari imputabile al peso eccessivo degli oneri finanziari a causa di pagamenti troppo lunghi della clientela) pertanto le entrate finanziarie sono inferiori rispetto le uscite; nella crisi *patrimoniale* si è in presenza di una situazione debitoria a medio-lungo periodo dove l'unico obiettivo è quello di sostenere l'operatività dell'azienda.

<sup>46</sup> Cfr. Tribunale di Milano, 2 novembre 2005, in *Il Fallimento 2005* con nota critica di L. Panzani Tribunale di Treviso, 22 luglio 2005, in *Il Fallimento 2006*, p.63 secondo cui *lo stato di crisi è situazione di stallo dell'economia dovuta a fattori di breve periodo e cioè a cause contingenti di squilibrio e inefficienza che prevede l'insolvenza e tendenzialmente risulta reversibile.*

<sup>47</sup> Cfr. Cass., sentenza n.12145 del 26 maggio 2009.

## 2.2 *CONTENUTO DEL CONCORDATO*

In base al dettato normativo (art. 160 e art. 161 l.f.), la legittimazione per accedere alla procedura di concordato viene attribuita univocamente all'imprenditore-debitore.

Tale scelta è ulteriormente giustificata dalla circostanza che il debitore non subisce lo spossessamento (art. 42 e art. 43 l. fall.) e che, a ben vedere, la decisione di depositare il ricorso per l'ammissione al concordato rappresenta un atto di disposizione patrimoniale per eccellenza.

Nei fatti, peraltro, non sarebbe del tutto vero affermare che i creditori, almeno indirettamente, non abbiano iniziativa. Infatti, essi possono indurre il debitore, prima che il fallimento sia dichiarato, a depositare una proposta concordataria.

L'imprenditore in crisi o in stato di insolvenza può proporre domanda di concordato preventivo ai creditori sulla base di un piano ovvero programma<sup>48</sup>.

Il piano rappresenta una vera e propria forma contrattuale e come tale ai sensi dell'art. 1322 c.c il contenuto è liberamente determinabile.

Infatti, la libertà nel determinare il contenuto della proposta è possibile sia sotto il profilo delle soluzioni economiche-imprenditoriali, sia sotto quello giuridico-processuale, essendo superati i vincoli della *par condicio creditorum* grazie alla previsione di una suddivisione in classi del ceto creditorio e al pagamento dei creditori privilegiati in misura corrispondente all'effettiva realizzabilità dei beni o dei diritti sui quali gravano privilegi, pegno e ipoteca<sup>49</sup>.

Si deve tenere in considerazione che in ogni caso l'atipicità di contenuto del piano non può contrastare con il principio di *buona fede* (ex art. 1375 c.c.) che

---

<sup>48</sup> Con la riforma del diritto societario del 2003 che il termine "*piano*" prende sostanzialmente il sopravvento sul vocabolo "*programma*". Si veda in tal senso, per esempio, il novellato art. 2381 c.c. che al 3° comma si sofferma su "*piani strategici, industriali e finanziari*", e i "*programmi di prosecuzione e di risanamento*" di cui è menzione all'art. 27 della nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria (d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270).

<sup>49</sup> Cit. Mosco G., *Concordato preventivo e piani negoziali per il risanamento dell'impresa*, 2009.

costituisce una regola generale di comportamento nel nostro sistema del diritto privato.

Il piano costituisce l'elemento centrale della proposta di concordato e deve assumere necessariamente una esplicazione che consenta, in primo luogo al Tribunale ai fini dell'ammissione alla procedura, e quindi al commissario in sede di relazione ai creditori, di verificarne in dettaglio la fattibilità.

Per quanto concerne la fattibilità del piano, come già accennato, si fa riferimento alla relazione dell'esperto che deve incentrarsi sulla concreta e possibile realizzazione del piano sia sotto il *profilo economico*, nel senso che le prospettive di realizzo debbono presentarsi come ragionevoli e realistiche, anche sotto il profilo della tempistica, sia sotto il *profilo giuridico*, inteso come possibilità giuridica di portare a buon fine i negozi e le operazioni contenute nel piano.

L' imprenditore-debitore attraverso tale piano può, o meglio, deve prevedere, necessariamente, la ristrutturazione dei debiti ed il soddisfacimento dei creditori in qualsiasi forma.

Può, inoltre, prevedere l'attribuzione ad un assuntore delle attività dell'impresa, la suddivisione dei creditori in classi dei creditori (trattata in seguito) e trattamenti differenziali tra i creditori appartenenti a classi diverse.

Quindi, da un lato il piano prevede provvedimenti di ristrutturazione dell'attivo e del passivo aziendale accompagnati da forme tecniche di intervento in via soddisfattiva, in via diretta e indiretta, come : la cessione dei beni, l'accollo dei debiti ad opera di soggetti terzi, operazioni di scissione, fusione, conferimenti o attribuzione ai debitori di strumenti finanziari.

Dall'altro lato, consente la prosecuzione dell'attività di impresa riservando la continuazione dell'attività alla nuova figura dell'assuntore. Possono costituirsi come assuntori anche i creditori<sup>50</sup> o società da questi partecipate.

In sostanza, i contenuti del piano, essendo indicati in via meramente esemplificativa dal Legislatore<sup>51</sup>, sono liberamente determinabili dal debitore in funzione delle particolari circostanze del singolo caso.

---

<sup>50</sup> Sul punto cfr. B. Quatraro, in *Profili generali della Legge fallimentare italiana*, in *La riforma del diritto fallimentare* di M. Cottano e A. Palladino, EGEA, Milano, 2006, p. XIII s.s.

<sup>51</sup> Cfr. CAFFI M., in *Il concordato preventivo*, in *Il diritto fallimentare riformato, Commento sistematico*, a cura di G. Schiano di Pepe, cit., p.614.

Il piano può prevedere che i creditori muniti di diritto di prelazione non vengano soddisfatti integralmente, purché sia prevista la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di vendita avuto riguardo al valore attribuibile al cespite o al credito oggetto di garanzia, come risultante da stima giurata redatta da professionista avente i requisiti di cui all'art. 67, 3° co., lett.d) l.f. e cioè vale a dire da professionista iscritto nel registro dei revisori ed avente i requisiti di cui all'art.28 l.f.

Con lo strumento del piano di risanamento il Legislatore ha attribuito al debitore, che si prefigge lo scopo di superare le difficoltà economiche e finanziarie in cui il medesimo si è venuto a trovare, la possibilità di dar corso ad un programma di sviluppo industriale, finanziario ed economico essenzialmente fondato su dati il più possibili veritieri ed affidabili<sup>52</sup>.

Per una più dettagliata informazione, l'imprenditore-debitore deve presentare, unitamente al concordato preventivo (art. 161 l.f.):

4. un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale economica e finanziaria dell'impresa;
5. uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco dei creditori, con crediti e cause di prelazione;
6. l'elenco dei titolari di diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;
7. il valore dei beni e i creditori particolari dei soci illimitatamente responsabili.

Il piano e la suddetta documentazione, inoltre, devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fallibilità del piano medesimo.

La domanda di concordato deve essere proposta con ricorso al Tribunale del luogo, nella quale sede viene verificata la completezza e la regolarità della documentazione, il quale dichiara aperta la procedura, limitatamente ad un mero controllo formale, salvo il caso della previsione di diverse classi di creditori.

---

<sup>52</sup> In riferimento la pubblicazione di M .Monteleone, *La regolazione pattizia dell'insolvenza e la gestione della crisi d'impresa*, nel convegno "La Crisi d'Impresa: la ristrutturazione dei debiti nel nuovo diritto fallimentare", in Bari 29 marzo 2006, organizzato dalla Finindustria e Confindustria di Bari.

## 2.3 CONFIGURAZIONE DELLE CLASSI DEL CETO

### CREDITORIO

Appare interessante evidenziare l'innovatività dell'istituto delle classi, novità assoluta recepita dall'ordinamento di Common Law.

Il concordato preventivo finisce, il più delle volte, per sacrificare pesantemente i creditori non privilegiati che si ritrovano quasi sempre in mano percentuali molto basse del credito originario<sup>53</sup>.

Risanare un'impresa presentando un piano industriale serio che andrà eseguito alla lettera rispecchia un'etica imprenditoriale ammirevole che si è basata a lungo e in modo rilevante sulla fiducia dei fornitori e delle banche.

Tale concetto è stato recepito dal Legislatore, il quale, influenzato dal diritto anglosassone<sup>54</sup> al riguardo, lascia libero l'imprenditore-debitore di suddividere i crediti in classi con la possibilità di proporre trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

L'istituto delle classi è stato introdotto nel concordato preventivo dall'intervento correttivo d.lgs. n.169/2007 con l'art. 160, lett. c), l.fall.

Il novellato art. 160 l.f. prevede, infatti, l'attribuzione al debitore della facoltà di "*suddividere i creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei* " nonché di attuare "*trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse*".

Si nota come la suddivisione in classi viene effettuata attraverso due criteri: il criterio della posizione giuridica e il criterio degli interessi economici omogenei. Attraverso il criterio della *posizione giuridica* bisogna inderogabilmente tenere presente delle tradizionali categorie dei creditori prededucibili, privilegiati speciali, privilegiati generali, chirografari e postergati. Mentre, l'elemento dell'*omogeneità degli interessi economici* rappresenta meramente un fattore aggregante che lega tra

---

<sup>53</sup> Dai dati della seconda sezione civile del Tribunale di Milano emerge che nel 90% dei fallimenti i creditori chirografari (non privilegiati) non ricevono nulla. Per quanto riguarda i concordati preventivi la percentuale media offerta ai creditori chirografari è del 10%, ma sono molti i casi in cui l'offerta è inferiore al 5%.

<sup>54</sup> Si veda il *Bankrupt Abuse Prevention and Consumer Act* del 2005 in particolare *Chapter 11*.

loro i creditori appartenenti a ciascuna classe. Gli interessi economici rilevanti che si possono individuare nel creditore sono rappresentati ad esempio nei casi di lavoratore dipendente, fornitore o finanziatore, inoltre, anche le modalità e i tempi di soddisfazione possono servire per frammentare i creditori.

Sulla base degli artt.160 e 163 l.f., inoltre, il Tribunale viene chiamato a verificare “*la correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi*” in ragione di “*posizioni giuridiche*” ed “*interessi economici*” omogenei dei creditori appartenenti a ciascuna classe e non può imporre al debitore la costituzione di apposite classi di creditori.

Ovviamente, la suddivisione in classi, le relative ragioni e i criteri di formazione devono essere espressamente previsti nel piano.

Pertanto, il piano può essere modellato a seconda delle esigenze dei vari creditori.

La divisione in classi si presenta come un atto negoziale, di natura unilaterale non vincolato nelle forme<sup>55</sup>.

Proprio in tal senso, il Legislatore incentrando quest'istituto nell'ottica della privatizzazione della crisi d'impresa, ha pensato bene di rendere più elastico il principio della *par condicio creditorum* di cui all'art.2741 c.c., lasciando che le percentuali di soddisfazione dei crediti vengano contratte tra l'imprenditore e i creditori privilegiati. Sotto questo profilo , però, l'autonomia privata deve essere esercitata nel rispetto dei limiti e dei criteri di legge.

In sostanza è possibile modificare, attraverso i predetti strumenti, l'ordine delle graduazioni preferenziali con riguardo sempre ai limiti entro i quali ciò sia possibile.

In base alla nuova formulazione dell'art.160 l.f., sorgono alcuni problemi interpretativi: si cerca di capire se il Legislatore, che con la previsione della formazione delle classi ha preso atto del pluralismo del ceto creditorio e della eterogeneità degli interessi che fanno capo a gruppi di creditori, abbia inteso attribuire al debitore che propone il concordato la possibilità di sovvertire l'ordine della graduazione e, in particolare, il principio secondo cui, salvo espresse eccezioni di legge, il passaggio al pagamento dei creditori prelatizi di rango successivo

---

<sup>55</sup> Cfr. in tal senso Tribunale di Modena, 18 ottobre 2005, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2006, pag.668.

presuppone l'integrale soddisfazione di quelli che si trovano in posizione poteri<sup>56</sup>.

Stando a quanto prevede l'art. 160, 2° co., l.f., viene ammesso il pagamento solo percentuale del credito privilegiato, sempre nel rispetto delle cause di prelazione previste dal codice (artt. 2740 e 2741 c.c) e della conseguente graduazione dei privilegiati (artt. 2748 c.c. 2751-bis), in pratica un privilegiato di grado successivo non potrà essere soddisfatto con preferenza rispetto ad un privilegiato di grado anteriore ed i chirografari non potranno ottenere un trattamento preferenziale rispetto ai privilegiati, salvo poche ipotesi.

Ci si domanda a questo punto se la formazione delle classi può interessare soltanto la categoria dei creditori chirografari, tra i quali possono essere favoriti determinati gruppi rispetto ad altri in ragione della omogeneità economica intercorrente tra i partecipanti<sup>57</sup>.

In verità la previsione del *parziale soddisfacimento* di alcuni creditori privilegiati non costituisce un ostacolo insormontabile all'assegnazione di percentuali ai creditori privilegiati di rango inferiore o anche ai creditori chirografari, a condizione che l'*autoregolamentazione concordataria* non si risolva in illegittimo sovvertimento della posizione dei creditori o integri un trattamento discriminatorio<sup>58</sup>. A tal proposito, infatti, si sostiene che la norma richiamata non vieta in assoluto di soddisfare un creditore di grado successivo prima di aver pagato quello di grado precedente, ma soltanto di attribuire ai creditori posti ad un livello inferiore della gerarchia un trattamento migliore di quelli posti ad un livello superiore, di modo che il privilegiato di grado successivo potrebbe comunque ricevere il pagamento di parte del proprio credito benché il creditore di grado anteriore non sia stato soddisfatto integralmente, purché la misura del soddisfacimento del primo non sia superiore a quella del secondo<sup>59</sup>.

Pertanto la formazione delle classi, con trattamenti differenziati, non può modificare l'ordine stabilito dalla legge, la cui funzione consiste nell'assicurare al creditore che ne è beneficiario una posizione di preminenza nel concorso, ovvero una prelazione nel soddisfacimento dei propri crediti rispetto a quelli della massa

---

<sup>56</sup> Cfr. G. Bozza, "Formazione delle classi e alterabilità delle graduazioni legislative" in *Il Fallimento* n. 1/2009, pag. 7.

<sup>57</sup> Cfr. nota 15.

<sup>58</sup> PIRAS A. , *Diritto fallimentare*, GIUFFRÈ, Milano, 2008, pag.141

<sup>59</sup> Cfr. nota 15.

creditoria, salvo non sia espressamente previsto da una disposizione normativa.

I casi in deroga a questo principio sono due e vengono disposti dall'art. 182-*ter* l.f.<sup>60</sup> norma di carattere speciale applicabile ai soli crediti tributari nelle procedure di concordato preventivo e di ristrutturazione dei crediti ex art. 182-*bis* l.f. e dall'160, 2°co., l.f., che come abbiamo visto ha introdotto la possibilità, a certe condizioni, di soddisfare nel concordato preventivo i creditori prelatizi in misura parziale.

Adesso si potrebbe affermare che nei restanti casi, la formazione delle classi interessa soltanto la categoria dei creditori chirografari. Infatti, la legge permette che il differenziato trattamento tra classi diverse possa essere effettuato rispettando il principio della parità di trattamento e questo è possibile per questa categoria di creditori, dato che nella soddisfazione dei loro crediti sono tutti giuridicamente collocati nella stessa posizione.

Di conseguenza, sicuramente differente è la disciplina dell'esercizio di voto da parte del creditore privilegiato, come disciplinato dal decreto correttivo.

Infatti ai sensi dell'art. 177 l.f. “ *i creditori muniti di diritto di prelazione di cui la proposta di concordato prevede, ai sensi dell'art.160, la soddisfazione non integrale, sono equiparati ai chirografari per la parte residua del credito*”.

Ciò vuol dire che per i privilegiati integralmente soddisfatti la legge ha ribadito la tradizionale regola della “non spettanza del diritto di voto”, salvo rinuncia al privilegio, mentre di contro avranno diritto al voto i privilegiati parzialmente soddisfatti, ma solo per la parte del credito sacrificato dal concordato.

Come ultima precisazione, si può affermare che l'imprenditore può utilizzare le classi per condizionare, in qualche modo, le operazioni di voto ed il calcolo delle maggioranze.

È chiaro che egli può essere tentato nel relegare un creditore dissenziente all'interno di una classe di creditori, della quale si presume già il consenso, con lo

---

<sup>60</sup> Nell'ipotesi della transazione fiscale di cui all'art. 182-*ter*, nella parte in cui prevede che “*se il credito tributario è assistito da privilegio, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali*”, cui segue la precisazione che “*se il credito tributario di natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari*”; ma questa norma contestualmente rivela che il Legislatore, quando ha voluto consentire che un creditore di grado superiore possa essere trattato come uno di grado inferiore, lo ha espressamente disposto, nella convinzione, evidentemente, che questo principio non discenda già dalla semplice facoltà attribuita al debitore concordatario di poter formare le classi.

scopo di neutralizzare il voto contrario evitando, in tal modo, il *cram down* (art. 180 comma 4 l.f.) in sede di omologazione. Infatti solo i creditori dissenzienti di classe dissenziente possono chiedere al Tribunale il giudizio di omologa “*cram down*”, ma non i creditori dissenzienti di classe consenziente.

Si può comunque affermare, come con il nuovo concordato preventivo si sia voluto rimarcare l'elemento di flessibilità attribuito alle nuove soluzioni concordatarie.

## ***I NUOVI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE***

### **3.1 NATURA GIURIDICA**

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-*bis* l.f. consentono di introdurre un elemento di novità e discontinuità nella gestione della massa debitoria.

Tale procedura, come l'istituto del concordato preventivo, mira alla tutela delle imprese in crisi. Infatti costituisce una procedura che presenta il vantaggio di tentare una rapida soluzione della crisi, con la garanzia dei controlli effettuati dal Tribunale, ma dove minimi risultano gli adempimenti procedurali.

Questa procedura è stata introdotta nella disciplina fallimentare con il D.L. 14 marzo 2005, n.35<sup>61</sup>, accompagnata, inoltre, da significative modifiche riguardanti l'azione revocatoria e la disciplina del concordato preventivo.

C'è da dire, però, che fino all'entrata in vigore di tale decreto esistevano categorie di accordi che seguivano la stessa logica, anche se si dubitava circa la loro legittimità. Venivano, appunto, adottati “accordi stragiudiziali” dei debiti, per una rapida e meno rigida negoziazione della crisi d'impresa.

A tal proposito la Cassazione<sup>62</sup>, seppur con diverse pronunzie contrastanti tra loro<sup>63</sup>, espresse il proprio orientamento favorevole, affermando che accanto al concordato preventivo della crisi d'impresa, fosse comunque configurabile una soluzione meramente negoziale della crisi.

Tuttavia la legittimità di tali accordi riconosciuta dalla giurisprudenza, trovava un ulteriore ostacolo nella legge fallimentare, che poteva costituire un espediente

---

<sup>61</sup> Recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Il 12 maggio 2005 il Senato ha approvato definitivamente la legge di conversione del d.l. n. 35/2005. L'art. 2, commi 1, 2, 2- bis, del d.l. contengono modifiche rilevanti, immediatamente in vigore, della disciplina del fallimento e del concordato preventivo.

<sup>62</sup> Rif. Cass. 16 marzo 1979, n.1562; Cass. 26 febbraio 1990, n. 1439; Cass. 26 giugno 1992, n. 80192.

<sup>63</sup> Rif. Tribunale di Ferrara 28 giugno 1990, Gcomm, 1981, II, 306; Tribunale di Roma 17 luglio 1985, VN, 1986, I 778.

molto rischioso sia per il debitore che per i creditori. Il debitore rischiava l'accusa del reato di bancarotta preferenziale (ex art. 216 l.fall.), mentre i creditori, oltre ad essere evocati in giudizio con la stessa accusa penale, rischiavano azioni revocatorie per i pagamenti effettuati e la possibilità di non vedersi più rimborsati i loro finanziamenti, c.d. *nuova finanza*, per concessione abusiva di credito<sup>64</sup>.

Queste lacune e l'evoluzione di una crisi economica sempre più accentuata spinsero il Legislatore ad intervenire sul punto.

Gli accordi di ristrutturazione, negli ultimi anni, sono stati oggetto di diverse riforme – le più importanti si sono avute con il decreto correttivo n.169 del 2007 e recentemente con la L. n.122 del 2010 – a testimonianza dell'importanza che tale strumento sta assumendo nella nostra società.

Il nuovo istituto descritto dall'art. 182-*bis* rappresenta un ulteriore strumento di gestione della crisi d'impresa, accanto al concordato preventivo, che evidenzia ancor di più l'orientamento seguito dal Legislatore sulla “privatizzazione della crisi d'impresa”.

Di fatti, i due istituti sono finalizzati al perseguimento di uno stesso obiettivo: il superamento della crisi d'impresa con la conservazione dell'attività, ma in sostanza sono molto differenti tra di loro.

In merito è opportuno far riferimento ad un provvedimento del Tribunale Bari del 21 novembre 2005 che definisce quanto segue: “*Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, di cui all'art. 182-bis l. fall., non possono considerarsi alla stregua d'un tipo particolare di concordato preventivo, avendo natura alternativa ed autonoma.*”

Innanzitutto nel caso del concordato il piano ha natura unilaterale e può essere oggetto di accordo con una parte di creditori, mentre l'art.182-*bis* fa invece riferimento ad un accordo, stipulato da un imprenditore in stato di crisi con i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti. Inoltre il primo non è offerto ad un consenso ma ad una delibera a maggioranza.

Tale tesi è stata sostenuta anche dalla prima giurisprudenza, in tal senso un provvedimento del Tribunale di Milano del 24 gennaio del 2007 che definisce: “*gli accordi di ristrutturazione dei debiti disciplinati dall'art. 182-bis l.f. , non costituiscono una forma di concordato preventivo semplificato, ma integrano un*

---

<sup>64</sup> Cfr. De Crescenzo-Panzani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, p.63.

*autonomo istituto giuridico assimilabile ad un pactum de non petendo e, per la pluralità delle parti, ad un negozio di diritto privato qualificabile come contratto bilaterale plurosoggettivo a causa unitaria”.*

Inoltre anche secondo la dottrina<sup>65</sup> prevalente, si tratta di una forma a se stante di salvataggio dell'impresa, potendo quindi essere utilizzato anche in assenza dei requisiti propri del concordato preventivo.

La stessa legge fallimentare, oggi, sembra considerare gli accordi di ristrutturazione dei debiti come qualcosa di diverso rispetto al concordato preventivo, ai sensi dell'art. 67, 3°co., let e) nel momento in cui viene utilizzata l'espressione «*nonché*» ai fini della protezione dell'esenzione della revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie effettuati in esecuzione del concordato preventivo *nonché* dell'accordo omologato.

A tal proposito si è affermato che gli accordi di ristrutturazione non possono essere inclusi fra le altre procedure concorsuali<sup>66</sup>, in quanto:

- i) non è previsto un procedimento e un provvedimento di apertura;
- ii) non vi è la nomina di organi;
- iii) non c'è una regolazione concorsuale del dissesto;
- iv) i creditori non vengono organizzati come collettività ma come somma di tante teste;
- v) il debitore è libero di scegliere con chi accordarsi e come accordarsi senza rispettare un principio di parità di trattamento fra i creditori<sup>67</sup>.

Come si è visto, altre differenze sono originate dalla natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

In sostanza, la natura degli accordi di ristrutturazione è sicuramente contrattuale. Si tratta di un contratto plurilaterale atipico che vede da una parte l'imprenditore in crisi e dall'altra i vari creditori, inoltre è così definito perché può essere concluso in momenti diversi con ciascuno di essi.

---

<sup>65</sup> Cfr. Frascaroli Santi, *Effetti della composizione stragiudiziale della insolvenza*, Padova, 1995; De Sensi, *Convenzioni stragiudiziali per il salvataggio delle imprese e patti parasociali*, in *Dir.fall.*, 2005, p.57.

<sup>66</sup> Cfr. S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, in Trattato Cottino, XI, 1, 2008, pag.172.

<sup>67</sup> Cfr. M.Fabiani, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Il Fallimento* n.8/2010, pag.902.

In verità sulla questione dell'intesa dell'accordo si rivengono due tesi opposte: chi sostiene che l'accordo si attui mediante distinti negozi autonomi, ciascuno sottoscritto dal debitore e un creditore<sup>68</sup> e di contro vi è chi sostiene che l'accordo venga definito mediante un documento unico<sup>69</sup>, ovvero mediante un contratto plurilaterale con comunione di scopo.

Ai fini della risoluzione dell'accordo dunque troverà applicazione l'art. 1459 c.c. in tema di contratti plurilaterali.

Ulteriore problema che si è dovuto affrontare riguarda la causa dell'accordo, se quest'ultima dovrà essere unica o specifica nel caso di diversi negozi autonomi.

In merito si è espressa la Cassazione<sup>70</sup> secondo la quale *“affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorra sia il requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia il requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale”*.

La norma non richiede particolari formalità se non l'utilizzo della forma scritta dato che l'accordo deve essere pubblicato nel Registro delle Imprese (forma *ad probationem*) e depositato in Tribunale.

Sul punto, sempre il Tribunale di Bari, provv. del 21 novembre 2005, secondo cui: *“Gli accordi di ristrutturazione dei debiti devono essere stipulati in forma scritta e la sottoscrizione di adesione deve essere autenticata.”*

Inoltre, tale istituto è stato definito un istituto *“a geometria variabile”*, ciò vuol dire che la sua struttura può mutare a seconda delle modalità in concreto adottate dal debitore e dai suoi creditori<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Cfr. M. Ferro nell'articolo su *Il nuovo diritto delle società*, 2005, pag. 56

<sup>69</sup> Cfr. in giurisprudenza Trib. Bari e Brescia.

<sup>70</sup> Cfr., Cass., 17 dicembre 2004, n. 23470

<sup>71</sup> Cfr. Ambrosini S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G.Cottimo, XI, Padova, 2008.

Pertanto, il primo passo che l'imprenditore in crisi può compiere è quello di condividere con i propri creditori una strategia di consolidamento del debito attraverso la sottoscrizione di accordi transattivi che prevedano la dilazione e/o lo stralcio della propria posizione creditoria.

Come accennato, l'unico vincolo per la realizzazione dell'accordo di ristrutturazione dal consenso dei creditori – rappresentato da almeno il 60% dei crediti<sup>72</sup> – unico o distinto<sup>73</sup>, purché abbiano effettivamente conosciuto il trattamento riservato agli altri creditori.

Da ultimo va segnalato che, trattandosi di un vero e proprio contratto, seppur atipico, per il rispetto del principio dell'autonomia privata, esso vincola solo i contraenti e non gli estranei allo stesso.

Per quanto riguarda i terzi estranei all'accordo, il pagamento dei rispettivi crediti dovrà avvenire regolarmente, alle naturali scadenze<sup>74</sup>.

Infine deve ritenersi che, nel momento in cui l'imprenditore-debitore non adempì agli obblighi assunti con l'accordo di ristrutturazione, i creditori aderenti

---

<sup>72</sup> Con la conseguenza che in difetto mancherà un requisito di ammissibilità della domanda. Così Panzani, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed i limiti del sindacato del giudice*, in [www.dottorinaediritto.ipsoa.it](http://www.dottorinaediritto.ipsoa.it)

Cfr. Tribunale di Milano, 24 gennaio 2007 “*Negli accordi di ristrutturazione dei debiti – che integrano un istituto autonomo rispetto al concordato preventivo – il raggiungimento della percentuale minima di adesioni da parte dei creditori quale prescritta dall'art. 1822-bis l.f., configura una condizione di omologazione e non già un presupposto dell'azione, sicché tale circostanza può aver luogo mentre detti accordi sono ancora infieri*”.

<sup>73</sup> In tal senso Tribunale di Bari, 21 novembre 2005 (decr.), in *Il fallimento*, 2006, p. 169.

<sup>74</sup> Tale conclusione è stata espressa dal Tribunale di Milano 16 gennaio 2006 (Decr.), presso il quale sono stati omologati, per la prima volta dall'entrata in vigore del D.L. N35/2005 con provvedimenti depositati il 21 dicembre 2005 ed il 16 gennaio 2006, due diversi accordi di ristrutturazione dei debiti.

In realtà, il principio testé richiamato è stato fatto proprio con il decreto del 16 gennaio 2006. In quello precedente, invece, era stato stabilito che il pagamento dovesse essere effettuato, per i creditori “estranei”, in misura analoga a quanto previsto per i sottoscrittori dell'accordo. Ad ogni modo, lo stesso presidente della Sez. fallimentare milanese, Bartolomeo Quatraro, ha convocato un *plenum* per risolvere il contrasto interno, assumendo per corretto l'orientamento che preveda il soddisfacimento completo dei primi. Anche il Trib. di Roma, con decreto del 16 ottobre 2006, si è espresso nel senso che «non può essere omologato l'accordo di ristrutturazione che non preveda espressamente le modalità di pagamento dei creditori non aderenti e che ai fini del computo del 60% dei creditori aderenti vengano considerati solo quelli muniti di titolo esecutivo». La massima è reperibile presso il sito [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Cfr. Tribunale di Brescia, 22 febbraio 2006, “*negli accordi di ristrutturazione dei debiti il concetto di regolare pagamento dei creditori estranei deve essere inteso come un esatto pagamento alla scadenza delle obbligazioni*”.

possono domandare la risoluzione dello stesso secondo la disciplina generale prevista in materia contrattuale.

Dal punto di vista pratico e funzionale, non vi è dubbio che tali convenzioni stragiudiziali, rispetto alla procedura che si vuole evitare, ossia, il fallimento, è preferita dagli imprenditori e dai creditori. Questo a seguito di un'analisi comparata della durata di entrambi, nonché della percentuale di soddisfacimento che le due diverse procedure generalmente garantiscono ai creditori.

Ebbene, a fronte di una durata media di otto anni di una procedura fallimentare e di una percentuale di soddisfacimento pari al 30% dei crediti, gli accordi stragiudiziali garantiscono una percentuale ben più elevata (55-60%) in un lasso di tempo sicuramente inferiore<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> I dati sono raccolti da una recente ricerca effettuata dall'Associazione Bancaria Italiana. Si veda anche Ghia, *Gli obiettivi della guida legislativa sull'insolvenza dell'Uncitral*, in *Il fall.*, 2005, p. 1229.

### 3.2 *CONTENUTO E PROCEDIMENTO*

L'attuazione del piano si basa prevalentemente sulle possibilità future della società. Ovvero, siamo in presenza di un piano che, ad eccezione dei casi di cessione dei beni ai creditori, non si basa sulla liquidazione dell'attivo bensì tende a valorizzarlo e ricondurlo ad un modello di *business* efficiente, flessibile e capace di affrontare uno scenario di mercato che potrebbe riservare nuove opportunità di ripresa per quelle imprese che hanno saputo mantenere una continuità nel business anche durante la fase di crisi.

Dopo aver analizzato la situazione economica e finanziaria delle società, per l'imprenditore in crisi è possibile elaborare le linee guida del risanamento nonché le prospettive di rilancio e di sviluppo del business, anche attraverso strategie perfezionate con i creditori.

Il contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti non è regolamentato dalla legge fallimentare, infatti può essere vario ed atipico.

L'unico elemento essenziale è che la redazione dell'accordo sia rivolta al raggiungimento degli obiettivi di risanamento della crisi e del riequilibrio finanziario dell'azienda.

Non bisogna confondere l'espressione "*ristrutturazione dei debiti*" con la stessa utilizzata dall'art.160 l.f., anzi con tale espressione si cerca di avvicinare tale istituto al vecchio concordato finanziario, il c.d. *pactum de non petendo*.

Ed è proprio in tal senso che la più comune operazione di ristrutturazione dei debiti consiste infatti in una mera dilazione dei pagamenti scaduti, in una modifica dei termini contrattuali del debito originario precludendo al creditore di chiedere l'adempimento della prestazione in quanto il credito non è più esigibile.

Sostanzialmente si può constatare una stipulazione di un *pactum de non petendo*, la quale non determina l'estinzione dell'originario rapporto obbligatorio, in quanto i crediti sono temporaneamente inesigibili ma non estinti, e quindi la funzione del *pactum* si risolve nell'incidere sulle modalità di esecuzione dell'obbligazione preesistente, senza alterarne l'oggetto o il titolo.

Tale tipologia di pattuizione è stata ritenuta valida dalla giurisprudenza, per di più è possibile definire una parziale remissione del debito avendo in tal caso il c.d. *pactum de minus petendo*.

Sinteticamente, il piano dell'accordo può avere ad oggetto:

- dilazioni di pagamento, con o senza corresponsioni di interessi dilatori;
- rinunce di posizioni creditorie parziali o totali, i creditori possono acconsentire a rinunciare ai propri crediti, sempre che questi rientrino tra i crediti disponibili;
- abbattimento degli interessi maturati ovvero convenzionalmente convenuti;
- cessione di crediti in pagamento o di beni ai creditori, l'impresa può, anziché soddisfare direttamente i creditori mediante il pagamento di quanto dovuto, cedere loro in cambio dei propri crediti che vanta nei confronti di soggetti estranei al concordato;
- acquisizione di nuove garanzie in favore dei creditori;
- ridefinizione delle scadenze dei debiti relativi alle linee di credito con le banche intrattenute.

Dovrebbe essere anche possibile pattuire con i creditori aderenti un diverso trattamento, proponendo modalità e termini diversificati di soddisfacimento per i vari creditori o categorie di creditori<sup>76</sup>.

L'accordo, inoltre, può avere ad oggetto la conversione dei crediti in capitale di rischio attraverso la concessione di nuovi finanziamenti all'impresa, necessari a realizzare, in qualche modo, una complessa ma sicura riorganizzazione della stessa.

D'altronde, tali intese saranno valide ogni qualvolta gli interessi perseguiti risultino meritevoli di tutela.

Infatti, l'insuccesso dell'accordo, ovvero l'eventuale successivo fallimento dell'imprenditore, non sarà causa di risoluzione dell'accordo stesso, ma determinerà

---

<sup>76</sup> Cfr. *Memento Pratico- Il Fallimento 2006*, Milano, 2006, p. 57; Marano, *Le ristrutturazioni dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Il fall.*, 2006, p.101.

solo la misura dell'importo per il quale i creditori aderenti potranno chiedere l'ammissione al passivo<sup>77</sup>.

E' espressamente esclusa, inoltre, dall'art. 67, comma 3, lett. d) l.fall., la possibilità di revoca degli atti compiuti, dei pagamenti eseguiti e delle garanzie concesse in esecuzione dell'accordo omologato. Da evidenziare l'ulteriore tutela che è stata riconosciuta con l'inserimento del nuovo art. 182-quater<sup>78</sup> per determinate categorie di creditori.

Contestualmente al piano, vanno redatti ed allegati:

- un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'individuazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;
- il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili;
- l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili ed in possesso dei requisiti per essere nominato curatore,
- sull'attendibilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento all'idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

Nel silenzio del Legislatore, si ritiene che il presupposto oggettivo per l'accesso alla procedura degli accordi sembrerebbe identificarsi con lo "stato di crisi" previsto dall'art. 160 l.f., equiparato allo stato di insolvenza<sup>79</sup>, tenuto conto, appunto, della collocazione dell'art. 182-bis, l.f. nel quadro della disciplina del concordato preventivo.

---

<sup>77</sup> Cfr. Caiafa, *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006 *op.cit.*, p.589. Si veda anche Pacchi, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, p. 313, secondo cui la mancata omologazione dell'accordo per la ristrutturazione dei debiti –indipendentemente dalla dichiarazione di fallimento che ne potrebbe conseguire– comporta anche l'invalidità e, dunque, l'inefficacia dell'adesione espressa dai creditori.

<sup>78</sup> Cfr. 4° capitolo.

<sup>79</sup> Ai sensi dall'art. 36 D.l. n. 273/2005.

Lo stesso vale per il presupposto soggettivo, dato che l'iniziativa è affidata in via esclusiva all'imprenditore in stato di crisi<sup>80</sup>.

Pertanto deve trattarsi, senza ombra di dubbio, di imprenditori commerciali non esclusi dal fallimento (art. 1 l.f.), salvo diverso orientamento del Tribunale.

Il procedimento previsto dall'art. 182-*bis* l.fall. si caratterizza per due fasi nettamente distinte: una stragiudiziale, in cui l'imprenditore rinegozia la propria situazione debitoria con i creditori stipulando un accordo con il 60% di essi; l'altra giudiziale, nella quale l'accordo acquista effetti legali con il deposito del medesimo in Tribunale e successivamente con l'omologazione da parte di quest'ultimo.

Il Tribunale, verificate le eventuali opposizioni, procede all'omologazione con decreto motivato.

Si ritiene, inoltre, che l'omologazione sia sempre necessaria a prescindere dalla presenza di opposizioni o meno, tenuto conto del fatto che dare immediata esecuzione all'accordo potrebbe comportare rilevanti alterazioni nella composizione patrimoniale prima che sia decorso il termine per le opposizioni, a scapito dei creditori estranei, anche se privilegiati. Inoltre, il Tribunale potrà in questo modo valutare attentamente l'attuabilità dell'accordo, in quanto il successivo inadempimento del debitore porterebbe, in virtù dell'esenzione da revocatoria prevista dall'art. 67, terzo comma, lettera e), a cristallizzare una situazione non più rimediabile.

Ciò anche in considerazione del fatto che la norma non prevede né una durata massima del piano, né uno strumento di conversione in fallimento in caso di inadempimento del debitore e per di più non vi è alcun richiamo agli istituti della risoluzione ed annullamento del concordato preventivo.

---

<sup>80</sup> Il termine «debitore» è stato sostituito con le parole «imprenditore in stato di crisi» con il d.lgs. n.169/2007.

### **3.3 L'ART.182-BIS COME MODIFICATO DALLA L. n.122/2010.**

L'orientamento del Legislatore, da circa dieci anni a questa parte, sembrerebbe aiutare l'imprenditore in crisi nel tentativo, talvolta disperato, di recuperare quanto perduto.

A differenza dell'originario dettato normativo della legge fallimentare, si deve evidenziare come, le ultime riforme abbiano rivoluzionato le soluzioni concordatarie connotate, ormai, dal carattere di flessibilità e negozialità con un maggior coinvolgimento dei creditori e dei terzi nella riallocazione del valore dell'impresa.

Questi tre caratteri rappresentano le peculiarità degli accordi di ristrutturazione dei debiti, che hanno favorito l'approccio dell'imprenditore agli stessi accordi.

Il Legislatore, pertanto, si è mosso nel ridefinire tale tipologia di soluzione concordataria della crisi.

Già con la riforma del 2005, vennero esonerati dall'esercizio di azioni revocatorie gli atti compiuti in esecuzione di tali accordi e questo nel tentativo di incentivare la continuazione dell'impresa, facendo sì che i vecchi creditori mantenessero i rapporti con l'impresa in crisi.

Le novità più rilevanti sono state introdotte dal decreto correttivo n.169/2007.

Innanzitutto, rilevanti modifiche riguardano il nuovo primo comma, il quale prevede, così come da interpretazione prevalente<sup>81</sup>, espressamente che può chiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti solo l'imprenditore in stato di crisi.

Sempre il nuovo primo comma modifica le modalità di omologazione. Tant'è che sostituisce il termine «depositare» con il termine «domandare» precisando che l'omologazione deve essere oggetto di un'apposita domanda presentata al Giudice.

Inoltre elimina quel riferimento alla «dichiarazione» (art. 161 l. fall.) che aveva creato molta confusione, dal momento che l'art. 161 l. fall. non prevede dichiarazioni statuendo il semplice deposito della documentazione richiesta.

---

<sup>81</sup> Cfr. PRESTI, *Procedure concorsuali Accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Diritto Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, (nt. 8), 52. Dello stesso a. cfr. ora anche *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Le nuove procedure concorsuali*, (nt. 4), 567. V. anche INNOCENTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel quadro dell'intervento correttivo del 2007: una possibile soluzione alla crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2007, I, 930 e AMBROSINI, (nt. 28), 165, anche per ulteriori riferimenti.

In terzo luogo, il nuovo 1° comma stabilisce, inoltre, che la relazione sull'attuabilità dell'accordo (come quella sulla fattibilità del concordato preventivo) deve essere redatta non da un esperto qualsiasi, bensì da un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili e dotato dei requisiti per essere nominato curatore.

Altra rilevante novità riportata dal nuovo 1° comma riguarda l'efficacia degli accordi, statuendo che il contratto di ristrutturazione dei debiti non produce effetti al momento della sottoscrizione ma a seguito della pubblicazione dello stesso nel Registro delle Imprese.

La legge tuttavia nulla dice in ordine alla circostanza se la pubblicazione dell'accordo debba essere anteriore o posteriore al deposito dello stesso in Tribunale. Si ritiene, tuttavia, che una delle condizioni procedurali ai fini dell'omologazione sia la prova dell'avvenuta iscrizione al Registro delle Imprese.

Potrebbe, però, verificarsi la seguente situazione: l'imprenditore provvede alla pubblicazione dell'accordo presso il Registro delle Imprese; trascorrono 30 gg. per l'opposizione senza che alcun creditore a ciò legittimato si sia opposto; l'Accordo non viene depositato in Tribunale per l'omologa.

L'unica conseguenza che deriva dalla mancata omologazione è quella di non permettere al debitore di poter avvalersi di quanto previsto dall'art. 67, comma 3, lettera e).

Il punto sul quale dovremmo soffermare la nostra attenzione riguarda la tutela che il Legislatore ha voluto riservare al patrimonio del debitore.

In un primo momento, il Legislatore ha previsto una protezione automatica del patrimonio del debitore per un tempo non superiore a sessanta giorni. In merito, il terzo comma dell'art.182-bis così recita *«dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore»*. Sostanzialmente la protezione del patrimonio del debitore dal rischio di aggressione da parte di creditori intervenuti e non, scattava con la pubblicazione dell'accordo presso il registro delle imprese ed era prevista solo per un intervallo di tempo alquanto breve<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Precetto normativo diverso da quanto prevedevano i primi schemi di decreto correttivo, i quali prevedevano che il debitore, con ricorso, poteva chiedere la protezione del proprio patrimonio

Quanto sopra rappresenta una novità importantissima, in quanto proprio mentre sta trattando con i creditori il debitore è esposto ai rischi più alti, a maggior ragione tenuto conto della circostanza che l'accordo è pubblicato nel registro delle imprese ed è dunque facilmente conoscibile da chiunque.

Dunque, questi rischi vengono parzialmente scongiurati dal fatto che la pubblicazione dell'accordo protegge il patrimonio del debitore dalle iniziative dei creditori; ed è lecito pensare che fra le azioni esecutive impedita dalla nuova norma possano rientrare anche le istanze di fallimento<sup>83</sup>.

In ogni caso, l'imprenditore-debitore era solo parzialmente al riparo da aggressioni, perché tale norma non poteva proteggerlo anche nella fase di trattazione con i creditori antecedente alla pubblicazione dell'accordo.

Solo in un secondo momento, il Legislatore, traendo spunto dalla normativa statunitense<sup>84</sup>, ha deciso di attribuire un effetto protettivo al patrimonio del debitore anche per il tempo necessario alla predisposizione del piano.

Questa può ritenersi la *ratio legis* informatrice dell'ultima riforma di cui al D.L. n.78/2010, convertito in L.30 luglio 2010, n.122, ai sensi dell'art.48, 2°co., che ha integrato l'art.182-*bis* dettando che: “dopo l'articolo 182-*bis* del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, sono aggiunti i seguenti:

*« Il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive di cui al terzo comma può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di cui al presente articolo, depositando presso il tribunale competente in sensi dell'art. 9 la documentazione di cui all'art.161, primo e secondo comma, e una proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una relazione del professionista avente i requisiti di cui all'art. 67, 3°co., lettera d), circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare il regolare pagamento dei*

---

da iniziative cautelari e azioni esecutive di terzi estranei all'accordo. Con la precisazione che se il Tribunale riteneva che l'istanza fosse funzionale all'attuazione dell'accordo ed in particolare alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei crediti estranei, stabiliva, per un tempo non superiore a sessanta giorni, la sospensione dell'esecuzione degli atti esecutivi o cautelari già intrapresi o da intraprendere.

<sup>83</sup> Cfr. CASTAGNOLA, (nt. 13), 172, e PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, (nt. 45), 570.

<sup>84</sup> La normativa statunitense in questa fase ha concesso al debitore di chiedere il blocco delle azioni preventivamente.

*creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. L'istanza di sospensione di cui al presente comma è pubblicata nel registro delle imprese e produce l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione.*

*Il tribunale verificata la completezza della documentazione depositata, fissa con decreto l'udienza entro il termine di trenta giorni dal deposito d'istanza di cui al sesto comma, disponendo la comunicazione ai creditori della documentazione stessa. Nel corso dell'udienza, riscontrata la sussistenza dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma e delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare, dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati assegnando il termine di non oltre 60 giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista a norma del primo comma. Il decreto del precedente periodo è reclamabile a norma del quinto comma in quanto applicabile.*

*A seguito del deposito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti nei termini assegnati dal tribunale trovano applicazione le disposizioni di cui al secondo, terzo, quarto e quinto comma.»*

La novità consiste nella possibilità di richiedere lo «stand still», ossia il blocco delle azioni esecutive e cautelari dei creditori. Con tale novità si risolve uno dei principali problemi sorti nei tre anni di vigenza dell'art.182 -bis l.f.

Attraverso tale modifica viene estesa la protezione del patrimonio del debitore che può essere non solo automatica, ossia operante per 60 giorni se l'accordo è omologato, con retroazione degli effetti al momento del deposito dell'accordo presso il registro imprese, ma anche «provocata» su richiesta del debitore prima della richiesta di omologa dell'accordo definitivo<sup>85</sup>.

In entrambi i casi, il blocco delle azioni esecutive è temporaneo e non può superare i 60 giorni.

---

<sup>85</sup> Cfr. Articolo “*Linfa al risanamento delle aziende*” a cura di M. Pollio e P.P.Papaleo, 30 agosto 2010, nella rivista ItaliaOggi.

Da un punto di vista operativo, viene definita un'ulteriore tutela del patrimonio del debitore. Infatti nel momento in cui l'imprenditore intende stipulare un accordo di ristrutturazione con i creditori e teme eventuali aggressioni al suo patrimonio da parte di questi ultimi, ha la possibilità di rivolgersi al Tribunale per richiedere un provvedimento inibitorio per il tempo occorrente per la formalizzazione e pubblicazione dell'accordo nel Registro delle imprese.

Attraverso tale provvedimento viene appunto disposto “*il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari od esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati*”.

Affinché venga ottenuto tale provvedimento dev'essere depositato “pre-accordo” accompagnato dalla relativa documentazione unitamente ad una dichiarazione dell'imprenditore sulla certezza delle trattative. Tale “pre-accordo” integra le caratteristiche di un'istanza di sospensione, che produce i suoi effetti dalla pubblicazione nel Registro delle Imprese. Inoltre, la modifica disciplina la procedura mediante la quale il Tribunale esercita il controllo formale sulla documentazione, a seconda che la documentazione sia completa o meno il Tribunale delibera un decreto di fissazione dell'udienza o dichiara l'inammissibilità della richiesta rimuovendo l'inibizione provvisoria. Oltre al controllo formale, in caso di esito positivo, il Tribunale continua a verificare se le trattative sono in corso e se vi è un effettivo pagamento dei crediti. Accertati che vi siano i presupposti suddetti per la realizzazione di un accordo di ristrutturazione, il Tribunale concede, con decreto motivato lo «stand still » concedendo, inoltre, un breve lasso di tempo (60 giorni) per il deposito dello stesso accordo accompagnato dalla relazione redatta da un professionista.

É stato definito che questo procedimento abbia natura cautelare nella misura in cui il giudice è chiamato a valutare il *fumus boni iuris* ed è da tale similitudine che si fanno derivare una serie di regole che vengono applicate ovvero: perdita dell'effetto provvisorio nel caso che la richiesta venga respinta; perdita di efficacia del decreto inibitorio nel caso in cui l'accordo non venga depositato entro sessanta giorni.

## **LA QUINTA RIFORMA DELLA LEGGE FALLIMENTARE**

### **4.1 L'ART.182 – QUATER:**

Il Legislatore, nonostante numerosi precedenti correttivi, è intervenuto, ancora una volta, a modificare la legge fallimentare.

L'ultimo intervento in ordine di tempo è stato approvato con la manovra finanziaria D.L. n.78 del 31 maggio 2010, convertito con la L. 30 luglio 2010, n.°122, ed abbraccia tematiche di grande interesse sul versante del diritto fallimentare.

In particolare, con l'articolo 48 “*Disposizioni in materia di procedure concorsuali*” viene integrato l'articolo 182-*bis* del Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, in merito agli accordi di ristrutturazione dei debiti nonché viene introdotto un nuovo articolo, il 182-*quater* «*disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti*», il quale ha regolamentato, inoltre, dei casi di esclusione del reato di bancarotta.

Le modifiche sono finalizzate a favorire l'accesso al credito alle imprese in stato di crisi ed a incentivare il ricorso allo strumento degli accordi di ristrutturazione.

Il primo comma dell'articolo 48 stabilisce che, “dopo l'articolo 182-*ter* del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, e' inserito il seguente:

*Art. 182-quater*

*(disposizioni in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti).*

*I crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti*

*omologato ai sensi dell'articolo 182- bis) sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111.*

*Sono parificati ai prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111, i crediti derivanti da finanziamenti effettuati dai soggetti indicati al precedente comma in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purche' la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato.*

*In deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile, il primo comma si applica anche ai finanziamenti effettuati dai soci, fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare.*

*Sono altresì prededucibili i compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli articoli 161, terzo comma, 182-bis, primo comma, purche' ciò sia espressamente disposto nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato.*

*Con riferimento ai crediti indicati ai commi secondo, terzo e quarto, i creditori sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato ai sensi dell'articolo 177 e dal computo della percentuale dei crediti prevista all'articolo 182-bis, primo e sesto comma.".*

Da una prima lettura del nuovo articolo emerge chiaramente quella che è l'intenzione del Legislatore, il quale, in un momento di congettura economica fortemente negativa, ha cercato di incentivare il ricorso ad un nuovo strumento per avviare il tentativo di “salvataggio” dell'impresa.

A riprova di ciò, viene innanzitutto previsto che i crediti derivanti da finanziamenti, in qualsiasi forma effettuati da istituti bancari e intermediari finanziari in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, sono prededucibili.

Inoltre, è stata prevista una deroga rispetto a quanto statuito dagli artt. 2467-2497 *quinquies* del Codice civile, la quale deroga consiste nella prededuzione

dell'80% dell'ammontare di questi finanziamenti se effettuati dai soci.

Si assiste ad un cambiamento di rotta del Legislatore per quei finanziamenti effettuati dai soci nell'ambito della soluzione della crisi, per i quali era prevista la regola generale della postergazione dei crediti dei soci rispetto alla soddisfazione degli altri creditori.

Pertanto, il fine del Legislatore non è stato altro che quello di fornire all'imprenditore in stato di crisi un'ulteriore strumento di agevolazione al fine di intraprendere una soluzione concordata della crisi d'impresa garantendo, inoltre, al soggetto che fornisce nuova liquidità il soddisfacimento del proprio credito in ipotesi di successivo fallimento<sup>86</sup>.

Analizzando questo nuovo precetto normativo, si potrebbe pensare che la causa di questo intervento trae le sue origini nella forma contrattuale – forma di autonomia negoziale con controllo giudiziale<sup>87</sup> – degli accordi di ristrutturazione dei debiti, in ragione, appunto, del carattere stragiudiziale della procedura.

In realtà, il tema è quello della prededucibilità dei finanziamenti erogati alle imprese in crisi, ma la ratio della norma nasce dalla volontà del Legislatore di estendere la prededucazione ai finanziamenti erogati sia in esecuzione degli accordi sia in funzione del ricorso agli stessi, determinando, innanzitutto, un'estensione della protezione del patrimonio del debitore<sup>88</sup>.

Si può affermare, inoltre, che la collocazione dell'art. 182-*quater* l.f. all'interno del vigente sistema delle procedure concorsuali, non va ad interferire con il disposto del secondo comma dell'art. 111 l.f., costituendo al contrario una fattispecie dotata di autonomia concettuale e precettiva<sup>89</sup>.

Infatti, la previsione contenuta nell'art.182-*quater* l.f. introduce una nuova disciplina della prededucibilità dei crediti rispetto a quella dettata dall' art.111-*bis* l.f.

L'art. 111, 2° co., l.f. afferma che “*sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in*

---

<sup>86</sup> Cfr. Lenoci V., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, GIUFFRÈ, Milano, 2010 pag.328 .

<sup>87</sup> Fabiani M., *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate* ,in *Il Fallimento* n.8/2010 pag. 900.

<sup>88</sup> Fabiani M., *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate* ,in *Il Fallimento* n.8/2010 pag. 902.

<sup>89</sup> Ambrosini S., *Appunti “flash” sull'art. 182-*quater* della legge fallimentare*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), documento n. 204/2010.

*funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge”.*

## – LA PREDEDUCIBILITÀ

Prima dell'approvazione della manovra finanziaria in atto, il concetto di *prededucibilità*, nel nostro ordinamento, come in altri<sup>90</sup>, interessava solamente i crediti sorti dagli atti compiuti all'interno di una procedura, *garantendo solo coloro che contraevano con gli organi della procedura*. Si noti come, prima dell'introduzione della novella legislativa, non era prevista una prededucibilità diretta dei crediti maturati nel corso delle procedure di concordato preventivo ovvero degli accordi di ristrutturazione dei debiti nel successivo fallimento.

Infatti la posizione del creditore che contraeva con l'imprenditore-debitore, durante una procedura di concordato preventivo, non era tutelata sufficientemente sia per l'assenza di specifiche disposizioni legislative, sia alla luce delle intervenute interpretazioni giurisprudenziali, che in svariate occasioni avevano attribuito (*consecutio temporum*) una visione meramente liquidatoria al concordato preventivo<sup>91</sup>.

A testimonianza di ciò anche la giurisprudenza afferma il principio cardine della prededuzione, stabilendo che in tutti gli ordinamenti la ratio della prededuzione si rinviene nel principio di stabilità degli atti compiuti nell'ambito, cioè all'interno, di una procedura, al fine di garantire colui che contrae con gli organi della procedura.

Tale principio risulta ulteriormente avvalorato all'interno del corpo legislativo anche dall'art.67 comma 3° lett. d), l.f., laddove l'esonero da revocatoria é previsto per i pagamenti posti in essere “*in esecuzione del concordato preventivo*” ovvero di un concordato ammesso e omologato: si tratta dei pagamenti effettuati secondo la proposta concordataria approvata dai creditori e ritenuta legittima dal tribunale. Per quanto riguarda quei pagamenti effettuati prima del concordato, in quanto estranei alla previsione, in caso di successivo fallimento rientrano a pieno diritto nel regime delle revocatorie, quand'anche si tratti di prestazioni professionali.

Nel sistema codicistico un principio analogo si rinviene nell'art. 2929 c.c..

---

<sup>90</sup> Si confronti l'ordinamento americano per quanto riguarda la prededucibilità dei crediti nella procedura di *Chapter 11* e in quella successiva di *Chapter 7*, ai sensi della Sezione 726 del *Bankruptcy Code*.

<sup>91</sup> Così Cass. 14 luglio 1997, n.6352, in *fallimento*.1998, p.177.

In generale, la prededucibilità si manifesta come deroga eccezionale al principio della *par condicio creditorum*.

Attraverso tale principio, infatti il Legislatore ha voluto risolvere quel conflitto tra crediti concorsuali e crediti c.d. della “massa”.

A differenza dei crediti concorsuali, cioè quei crediti sorti in seguito ad atti compiuti dal fallimento, i crediti in prededuzione, ovvero crediti della “massa”, si caratterizzano per *essere funzionalmente collegati all'attività di amministrazione e di liquidazione del patrimonio del fallito, in quanto sorti a seguito di atti compiuti dopo la dichiarazione di fallimento dagli organi fallimentari* e, quindi, da soddisfarsi<sup>92</sup> con precedenza rispetto ai crediti concorsuali.

Il sistema della prededuzione comporta la soddisfazione prima dei creditori prededucibili, salvo diversa disposizione di legge, poi dei creditori preferenziali e, da ultimo dei chirografari.

Il trattamento riservato ai primi, carente nella pregressa legge fallimentare, ha ora trovato una compiuta regolamentazione nell'art. 111-*bis* l.f., che non solo ha ribadito il principio della assoluta priorità di soddisfazione dei crediti prededucibili, ma ha anche disciplinato i rapporti con ipoteca e pegno. I creditori preferenziali vanno soddisfatti secondo i criteri indicati dall'art. 2748 c.c., salva diversa disposizione di legge, nel mentre la graduazione all'interno di ciascuna causa di prelazione è data dalla priorità dell'iscrizione o del possesso a seconda che si tratti di ipoteca o pegno, ovvero dall'ordine fissato dalla legge per i privilegi.

Da ribadire che la prededucibilità del credito, però non è stata prevista per i debiti sorti prima dell'apertura della procedura concordataria, nati per la sola iniziativa dell'imprenditore in alcuni casi finalizzati proprio a pregiudicare le ragioni dei creditori anteriori, parrebbe obiettivamente eccessivo.

Solo dopo l'ulteriore riforma introdotta con la L. 30 luglio 2010, n.122<sup>93</sup>, si è confermato, ai sensi del primo comma dell'art. 182-*quater* l.f., un nuovo principio secondo cui viene riconosciuta la prededucibilità della c.d. “nuova finanza” concessa all'impresa in crisi “in esecuzione” di un concordato preventivo non puramente

---

<sup>92</sup> Si deve tenere in considerazione che i crediti della massa devono essere soddisfatti per intero in prededuzione rispetto ai crediti concorsuali.

<sup>93</sup> Legge di conversione del D.L. n. 78/2010 «*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*».

liquidatorio, nonché di un accordo di ristrutturazione che sia stato omologato dal Tribunale.

L'art. 182-*quater* l.f. integra, come già accennato, la disciplina generale dall'art. 111, 2°co. della legge fallimentare, che ammette, nella procedura di concordato preventivo, la prededucibilità dei crediti sorti nel periodo intercorrente dal decreto di apertura (art. 163) al decreto di omologazione (art. 180) del concordato.

In estrema sintesi, con l'introduzione della norma in esame sono ora considerati prededucibili i finanziamenti bancari concessi:

- a) prima dell'apertura del concordato, purché in funzione del medesimo e a condizione che esso venga poi omologato;
- b) nel corso del concordato;
- c) dopo la chiusura della procedura stessa.

Con tale innovazione, il Legislatore, oltre a salvaguardare i finanziamenti concessi dalle banche e dagli altri intermediari autorizzati alle imprese in crisi, nonché dai soci di società la cui situazione sia caratterizzata da squilibrio patrimoniale o finanziario<sup>94</sup>, ha chiarito e rimarcato la finalità essenziale del concordato preventivo, permettendo, praticamente, il passaggio da un concordato a finalità liquidatorie ad un concordato a finalità essenzialmente conservativa che mira al risanamento ed alla continuità dell'impresa.

Ovviamente un'impresa in crisi può essere "aiutata" solo mediante quei finanziamenti che fino all'introduzione della novella legislativa risultavano privi di tutela.

Prima di procedere ad esaminare il regime di protezione riconosciuta a questi importanti creditori, è opportuno esaminare, in sintesi, quali tipi di finanziamenti possono godere del privilegio della prededucibilità.

In Italia, il finanziamento concesso alle imprese in crisi incontra lacune che creano incertezza.

A fare più chiarezza sulle soluzioni concordate e sui finanziamenti strumentali ad esse, è intervenuto, per l'appunto, l'art 182-*quater* l.f., regolamentando le

---

<sup>94</sup> Rif. nota 4.

problematiche connesse ai c.d. *finanziamenti-ponte* ed ai finanziamenti *ante e post* omologa.

A tal uopo vi sono delle contraddizioni, ma la dottrina maggioritaria<sup>95</sup> afferma che per quanto riguarda i *finanziamenti-ponte* – o finanziamento interinale – non è prevista una disciplina per il periodo intercorrente dalla redazione del piano fino alla sua attestazione, anche se con il nuovo intervento legislativo viene riconosciuta una tutela “condizionata”.

Tale forma di finanziamento, essendo temporanea, è di fondamentale importanza per attuare quel tentativo di conservazione dell'impresa.

Ma è anche vero che, per raggiungere tale obiettivo, l'imprenditore stesso deve avere la capacità di rilevare in tempo quella situazione che viene riconosciuta come “stato di crisi”.

Innanzitutto, il *finanziamento-ponte*, interviene prima ed in previsione dell'accesso ad uno degli strumenti messi a disposizione dalla legge per la soluzione della crisi.

Per quanto sopra detto e per i seguenti motivi lo stesso finanziamento è meno tutelato rispetto agli altri finanziamenti operanti nello stesso ambito.

In secondo luogo, in riferimento alla così menzionata tutela condizionata, il finanziamento-ponte interviene in presenza di condizioni che non consentono l'attribuzione allo stesso delle caratteristiche di prededuzione e stabilità (ovvero assenza di revocatoria)<sup>96</sup>.

In via generale, tale fattispecie di finanziamento, non essendo dotato di sufficiente tutela, dev'essere erogato con l'esclusivo scopo di garantire la continuità dell'esercizio di impresa ovvero di evitare gravi danni alla stessa<sup>97</sup>.

Deve essere prudentemente erogato, mediante la concessione di linee di credito autoliquidanti<sup>98</sup>, senza il rilascio di garanzie da parte dell'impresa.

---

<sup>95</sup> A riguardo si prenda in considerazione il materiale di intervento di Lorenzo Stanghellini, “*Accordi di ristrutturazione dei debiti: articolazione del piano, controllo del giudice e tutela dei terzi*” trattato nell'incontro di studio su “*L'insolvenza dell'imprenditore e le procedure alternative al fallimento*” Roma, 5-7 novembre 2008. Rif. all'articolo di Giovanni La Croce “*Finanziamenti Ponte e garanzie per debiti prescritti*” in *Il Fallimento* n. 1/2009, IPSOA.R.Bonsignore, *Il finanziamento all'impresa in crisi nella fase della ristrutturazione del debito*, in *Il Fallimento* 2009. Così anche R. D'amora in [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org).

<sup>96</sup> Ai sensi dell'art.67 della legge fallimentare.

<sup>97</sup> Ad. es. consentire il pagamento dei dipendenti e dei fornitori dell'impresa, delle imposte e dei contributi previdenziali, etc.

Inoltre dovrebbe coprire solo il periodo che occorre per il perfezionamento della crisi con uno degli strumenti d'intervento previsti dalla legge, ovvero: piano attestato, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordato preventivo.

Meno dubbi, invece, ci sono per quanto riguarda il finanziamento ante omologa e il finanziamento post omologa.

La prima forma si riferisce al finanziamento successivo all'ammissione dell'impresa alla procedura del concordato preventivo. In riferimento a tale tipologia l'art. 167 della legge fallimentare definisce tali finanziamenti efficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato solo se autorizzati dal giudice delegato. Tale finanziamento ha la finalità di far sì che l'impresa in crisi “sopravviva” fino alla chiusura della procedura, ovvero fino al giudizio di omologazione ai sensi dell'art.180 l.f, che deve intervenire entro un periodo -stimabile- di sei/nove mesi dalla domanda ai sensi dell'art.181 l.f. Tali tipi di finanziamenti sono dotati di piena tutela e godono di stabilità e prededuzione.

La seconda forma c.d. *post* omologa, riguarda quei finanziamenti sorti “in esecuzione” del concordato.

Il dubbio inerente a questa fattispecie di finanziamento nasce in ordine alla prededucibilità, ovvero se la stessa è ammessa sia nel caso di concordato preventivo che nel caso dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Prima della recente riforma, la legge fallimentare espressamente contemplava la possibilità per l'impresa in concordato preventivo di contrarre mutui o accedere ad altre forme di finanziamento, anche assistiti da garanzia (art. 167). Tuttavia, la giurisprudenza riteneva che i debiti contratti nel concordato preventivo fossero prededucibili soltanto in casi limitati, ossia solo quando fosse riconosciuta – inevitabilmente, *ex post*– un' utilità della contrazione del debito ai fini della liquidazione del patrimonio.

La conseguenza era che il ricorso a tale forma di finanziamento da parte delle imprese assoggettate alla procedura di concordato preventivo era fortemente disincentivato. Non sono infatti noti casi in cui un'impresa in concordato preventivo abbia avuto accesso a tale forma di finanziamento in vigenza della precedente

---

<sup>98</sup> Il credito può essere erogato da banche o altri intermediari, ma è anche previsto l'intervento di azionisti ed altri investitori. Sul punto Lorenzo Stanghellini.

normativa.

La novella normativa riconosce la prededucibilità diretta tanto dei finanziamenti post omologa in esecuzione di un concordato quanto di un accordo stragiudiziale omologato.

Con l'espressione "*in esecuzione*", in tal caso, si deve fare riferimento ai soli atti compiuti dopo l'omologazione del concordato, cioè atti che non richiedono più alcun controllo giurisdizionale e che, di contro, godono di una relativa stabilità dei diritti e degli obblighi delle varie parti, stabilità rinveniente, appunto, dalla proposta approvata ed omologata.

Per un ulteriore chiarimento, analizzando il disposto dell'art.111 l.f., particolare attenzione interpretativa<sup>99</sup> è stata data alla locuzione "*in occasione o in funzione*" di una procedura concorsuale.

In proposito, sul termine "*in occasione*" non vi sono dubbi, ovvero il riferimento temporale è certo: tale termine fa riferimento, essenzialmente, ai *crediti sorti durante la procedura*.

Pare, invece, che il nesso teleologico del termine "*in funzione*" fa sorgere qualche dubbio sia sotto il profilo temporale, ovvero se ricomprendere o meno i crediti sorti anteriormente all'apertura della procedura<sup>100</sup>, sia sotto il profilo delle posizioni creditorie. Si è potuto definire che l'uso del termine "*in funzione*" implica soltanto una finalizzazione della prededucazione con gli interessi dei creditori sottesa alla procedura concorsuale.

Dunque, poiché l'espressione "*in funzione*" per sua natura *non contiene di per sé un preciso riferimento temporale, ma solo teleologico*, da questo punto di vista può ritenersi la sua neutralità, e come tale da ricomprendere in astratto anche crediti sorti nella fase antecedente alla apertura della procedura (quello del professionista, ad esempio).

Su questi due punti si può constatare, anche grazie ad interventi giurisprudenziali<sup>101</sup>, che l'art.111 l.f. non attribuisce prededucibilità dei crediti sorti

---

<sup>99</sup> Sul punto D'amora R., "*La prededucazione fra presente e futuro*" in [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org).

<sup>100</sup> Cit. D'amora R. presta particolare attenzione distinguendo i *crediti strumentali*, cioè crediti antecedenti alla procedura concorsuale, dai *crediti funzionali*, ovvero crediti successivi all'apertura della procedura concorsuale.

<sup>101</sup> Cfr. Tribunale di Firenze, 26 marzo 2008; Tribunale di Pordenone, 8 ottobre 2009; Tribunale

prima della procedura.

Chiarite le problematiche sorte in tema di prededucibilità, è opportuno analizzare l'art.182-*quater*.

## – **LA PREDEDUZIONE PER I FINANZIAMENTI BANCARI**

La legge fallimentare riformata – modificata nuovamente dalla L.122/2010 – non solo permette, ma richiede agli istituti bancari un ruolo attivo nel sostegno alle operazioni di risanamento.

Il sostegno all'impresa in crisi da parte del ceto bancario diventa fondamentale per soddisfare le ragioni dei creditori, nel momento in cui vi è un'assenza di disponibilità finanziarie ed in mancanza del quale si vanificherebbero non solo gli assets dell'azienda, ma anche le possibilità di recupero da parte del ceto creditorio.

Nel tentativo di evitare il dissesto economico, l'impresa ha la necessità sia di essere tutelata sia, soprattutto, di essere finanziata.

La possibilità di accesso ad un finanziamento a quell'impresa che intenda ristrutturarsi mediante una procedura concorsuale di risanamento, è oggi possibile anche in Italia.

L'istituto bancario rappresenta il mezzo di accesso al credito per eccellenza nel nostro paese, pertanto assume un ruolo centrale anche nella sistemazione negoziale della crisi<sup>102</sup>.

Proprio accordandosi con gli istituti di credito, infatti, l'impresa può riuscire ad ottenere ulteriori finanziamenti o, comunque, a non dover restituire in tempi troppo ristretti quanto ricevuto; le banche, da parte loro, potranno ottenere più facilmente, e soprattutto con un maggior grado di certezza, la restituzione di quanto concesso all'impresa.

Tale possibilità si concretizza grazie all'introduzione nella legge fallimentare dell'art. 182-*quater*, mediante il quale, rimasta inalterata l'esenzione da revocatoria, si è attribuito maggior certezza grazie all'espresso riconoscimento della prededucibilità al finanziamento ottenuto dall'impresa in esecuzione di un concordato preventivo, se regolarmente autorizzato ai sensi dell'art. 167 l.f. ovvero in esecuzione di accordi di ristrutturazione omologati.

---

<sup>102</sup> L'Associazione Bancaria Italiana (ABI) ha predisposto un Codice di autodisciplina che fissa, in dieci articoli, i principi comportamentali che devono caratterizzare la condotta delle banche e delle società finanziarie nelle procedure di concertazione finalizzate al superamento delle crisi di impresa. Il codice vincola obbligatoriamente le banche aderenti solamente se l'esposizione dell'impresa è superiore ai 30 milioni di euro. Circ. ABI Serie Legale n. 9/2000.

Il Legislatore, attraverso l'introduzione dell'art.182-*quater*, oltre a prevedere il beneficio della prededucibilità dei crediti connessi a tali procedure, ha voluto, ai sensi del primo comma, ridefinire la posizione di una categoria di creditori che normalmente subivano passivamente le vicende fallimentari.

Da un lato incentivando, in questa direzione, gli istituti bancari a sostenere, se non sorreggere, l'impresa in crisi, dall'altro lato garantendo la stessa categoria da un eventuale insuccesso dell'operazione e dal conseguente fallimento del debitore.

In estrema sintesi viene statuito che i finanziamenti erogati da banche e intermediari finanziari di cui agli art. 106 e 107 del d.lgs n.385/93<sup>103</sup>, in esecuzione di un piano di concordato preventivo o di accordi ex art-182-*bis* l.f., siano prededucibili, in caso di successivo fallimento, ai sensi dell'art. 111 L.F..

In pratica, gli istituti di credito che erogano nuovi finanziamenti, dopo l'accordo di omologazione, potranno far valere il diritto a che il loro credito, pur rimanendo avvinto dalla vengano regola del concorso con gli altri creditori (*par conditio creditorum*), sia, previo accertamento nelle rituali forme sacramentate dagli artt. 92 e ss. l.f. (*dell'accertamento del passivo*), sia pagato prioritariamente rispetto agli altri creditori.

Questa novità va a coprire un'importante lacuna nel diritto fallimentare. Infatti, nella previgente normativa, nulla era previsto nel caso in cui il tentativo di salvataggio e di risanamento aveva avuto esito negativo, con conseguente apertura di una procedura concorsuale. Anzi, gli effetti negativi di tale insuccesso erano assai gravi e si ripercuotevano sia sugli enti erogatori della finanza che sull'impresa stessa.

Infatti gli amministratori di tutte le società coinvolte nel piano si potevano ritrovare esposti al rischio di subire procedimenti penali per reati fallimentari; tutti i pagamenti effettuati dall'impresa nel c.d. periodo sospetto, nonché le garanzie reali prestate dall'impresa in crisi, potevano essere oggetto di azione revocatoria; anche in sede civile, la banca poteva essere chiamata a rispondere di condotte illecite, ossia di interruzione<sup>104</sup> o di concessione abusiva di credito<sup>105</sup>.

---

<sup>103</sup> D.lgs 1.9.1993, n.385 (*T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*) ai sensi degli artt. 106 e 107 disciplina i soggetti operanti nel settore finanziario distinguendo l'elenco generale e l'elenco speciale.

<sup>104</sup> Cfr. Cass. 14 luglio 2000, n. 9321.

Il maxi-emendamento prevede che il beneficio della prededuzione sia subordinato non più all'omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, *ma ad un'espressa disposizione in tal senso contenuta nel provvedimento con cui il Tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero nel provvedimento con cui viene omologato l'accordo di ristrutturazione.*

Emerge così il rilievo fondante del riconoscimento del sindacato giurisdizionale ai fini dell'assunzione del rango di prededucibilità del credito in commento.

In tal senso, in modo esemplificativo una recente sentenza del Tribunale di Arezzo 23 novembre 2010: *"...va riconosciuto il privilegio della prededucibilità al credito costituito dai finanziamenti, prestiti e mutui che gli istituti bancari erogheranno alla società conferitaria del patrimonio aziendale qualora tale erogazione di risorse economiche, oltre ad essere espressamente prevista nel ricorso presentato per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, sia direttamente funzionale e strumentale agli obiettivi concordatari di garantire la continuazione dell'impresa..."*

Inoltre rilevante è che l'erogazione di risorse economiche, in favore della "New co.", oltre ad essere espressamente prevista nel ricorso, deve risultare direttamente funzionale e strumentale agli obiettivi concordatari di garantire la continuazione dell'impresa.

Si tratta, quindi, di una anticipazione degli effetti della prededuzione, in un momento indicato nell'articolo 163 della legge fallimentare, che si colloca nella fase iniziale della procedura di concordato preventivo, rispetto alla omologazione che invece ne rappresenta l'atto conclusivo.

L'indicazione del Legislatore, nel ritenere che il credito della banca sia prededucibile, può favorire ancor prima la ripresa dell'azienda, estendendo l'acquisizione di nuove risorse finanziarie ancor prima del controllo giudiziale.

Infatti, il Legislatore, nell'adottare ai sensi del 2°co. dell'art. 182-*quater* il termine "*parificati*", stabilisce che la prededuzione viene riconosciuta anche a quei

---

<sup>105</sup> Cfr. Cass. 19 settembre 2003, n. 13934; Trib. Foggia 12 dicembre 2000; *Contra*, Cass. 9 ottobre 2001, n. 12368

finanziamenti erogati in funzione della presentazione di una domanda di concordato preventivo o di un accordo omologato.

Vi è da dire però, che in tale contesto, la prededuzione interviene solo dopo l'espressa dichiarazione del Tribunale, mediante decreto di ammissione. Infatti è essenziale che il concordato sia ammesso e che il tribunale possa constatare la funzionalità del finanziamento rispetto al piano.

Nonostante tutto l'istituto bancario nel momento in cui eroga il finanziamento, non è certo della tutela definita dal beneficio della prededucibilità, pertanto potrebbe effettuare un finanziamento a condizione che l'impresa sia ammessa al concordato o che l'accordo sia omologato.

Con tale interpretazione è possibile ipotizzare una diversa tipologia di finanziamento-ponte<sup>106</sup>, permettendo all'imprenditore, che necessita di nuove risorse finanziarie durante il periodo intercorrente per predisporre la relazione prevista dall'ex art. 161, 3°co., di presentare una domanda di concordato "semplificata" con la quale richiede un'immediata autorizzazione a contrarre un finanziamento contestualmente alla concessione del termine di cui all'art.162, 1°co., al fine della definizione della domanda e successiva predisposizione dell'integrale documentazione.

Acquisire tempestivamente nuove risorse finanziarie è fondamentale per il successo della soluzione della crisi d'impresa, anche se, a tal proposito sussiste sempre il dubbio se l'istituto di credito, nonostante le garanzie fornite, sia disposto ad erogare il finanziamento all'impresa in crisi, con la sola garanzia della condizionalità del riconoscimento della prededuzione.

---

<sup>106</sup> Come si esprime D'amora R. " *La prededuzione fra presente e futuro*" in [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org).

– **LA PREDEDUZIONE PER I FINANZIAMENTI DEI SOCI**

Per quanto concerne i finanziamenti erogati dai soci è d'obbligo analizzare come il diritto societario e di conseguenza il diritto fallimentare tutelino tale tipologia di soci-creditori.

In effetti, la tutela riconosciuta a tale particolare tipologia di soci è stata oggetto di contrastanti interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali, fino all'introduzione della riforma del diritto societario del 2003.

Ante riforma 2003, mancava una specifica disciplina della figura del socio o del terzo finanziatore il quale veniva qualificato come socio illimitatamente responsabile e, di conseguenza, soggetto in via di estensione al fallimento della società<sup>107</sup>, a norma dell'art.147 l.f.

Post riforma 2003, tale figura è stata espressamente disciplinata ed il Legislatore ha riconosciuto la sua posizione creditoria, in caso di insolvenza della società, statuendo la postergazione del credito del socio finanziatore rispetto ai creditori della società<sup>108</sup>, a riguardo, appunto, l'art. 2467 c.c. sancisce: *“Il rimborso dei finanziamenti a favore dei soci è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito.*

*Ai fini del precedente comma s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento”.*

In commento, finalità della norma, è quella di contrastare la diffusa pratica di sostituire i versamenti in conto capitale con i versamenti a titolo di finanziamento – c.d. *sottocapitalizzazione* dell'impresa - e si applica a tutti i finanziamenti in qualsiasi forma effettuati dai soci a favore della società concessi sia in un momento

---

<sup>107</sup> Cfr. Losurdo A., Virgintino E., *La riforma del diritto societario*, Bari, 2005.

<sup>108</sup> Ai sensi dell'art. 2467 del c.c. che dispone in merito ai finanziamenti dei soci a responsabilità limitata e ai sensi dell'art. 2497-*quinques* c.c.

in cui risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto; sia in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento.

Ai sensi del primo comma del nuovo art. 2467 c.c., è previsto il rimborso di tali finanziamenti prevedendo in via generale la postergazione del credito rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, la restituzione in caso di erogazione avvenuta nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento.

Con questa innovazione, il Legislatore non aveva tuttavia tenuto conto che l'impulso al sostegno finanziario proveniente da coloro che diventano soci nell'ambito di un'operazione di salvataggio dell'impresa veniva fortemente scoraggiato.

Per questo, ed altri motivi, anche tale categoria di creditori ha subito, ancora una volta, un radicale cambiamento.

Infatti il Legislatore, con la riforma del 2010, è intervenuto *ex professo* sulla disciplina dei finanziamenti-soci erogati nel contesto delle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa, introducendo nel nostro ordinamento l'art. 182-*quater*, co. 3, l.fall., secondo il quale *“in deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile, il primo comma si applica anche ai finanziamenti effettuati dai soci, fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare”*.

Da quanto dedotto, la *“deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies c.c.”* vale infatti a rendere applicabili ai finanziamenti-soci le *“disposizioni in tema di prededucibilità”* dettate per i finanziamenti *“bancari”*, pertanto anche i crediti derivanti da *“finanziamenti-soci”*, come quelli derivanti dai finanziamenti *“bancari”*, sono collocabili in prededuzione, purchè tale prededuzione sia *“espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato.”*

Si riconsidera la tutela riconosciuta a tale tipologia di crediti nell'ambito del fallimento, da postergati a prededucibili, limitando l'applicazione del beneficio fino alla concorrenza dell'ottanta per cento dell'ammontare del finanziamento medesimo.

Il Legislatore nulla ha espressamente previsto per il restante venti per cento del credito non protetto da prededuzione. A tal proposito si presume<sup>109</sup> che nel silenzio della norma, tale parte di credito debba essere trattata come credito postergato, pertanto sottostare alla disciplina dell'art. 2467 c.c. su trattato; alternativamente potrebbe ritenersi che tale residuo venga riannoverato nell'alveo dei crediti chirografari e quindi ricompresa dalla classe avente diritto di voto, suddivisa così non tanto per posizione giuridica quanto per interessi economici omogenei. Sarà la prassi dottrinale, ma ancor più quella giurisprudenziale, a dirimere le differenze e le possibili alternative applicative della norma dinnanzi prospettata.

Inoltre la suddivisione della prededuzione non riguarda tutti i finanziamenti erogati dai soci, ma solo quelli effettuati in esecuzione del concordato preventivo e dell'accordo omologato, riconosciuto dal Tribunale che avrà valutato ed effettuato l'effettiva necessità e funzionalità della nuova finanza ai fini concordatari in primis ed di riallocazione del core business aziendale in ipotesi evidentemente di concordato preventivo conservativo.

La figura del socio in sostanza rappresenta l'anima della società, al quale fanno capo diritti ed obblighi derivanti dal contratto sociale, pertanto essendo pilastro portante della società è giusto che possa collaborare al risanamento della crisi senza il timore che un suo aiuto finanziario, necessario per la ripresa economica dell'impresa, debba cadere nel nulla e venir considerato "a fondo perduto", anzi per contro è da ritenersi premiale anche sotto un profilo di rischio d'impresa.

Significativa è l'esclusione dal voto nel concordato dei titolari di quei crediti indicati ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 182-*quater*, quale stabilita dall'ultimo comma.

La ratio dell'esclusione si basa sulla tesi influenzante che stabilisce l'esclusione del voto anche dei creditori privilegiati e sull'eventuale esistenza della garanzia della prededuzione anche per il finanziamento-ponte effettuato dal socio.

---

<sup>109</sup> Cfr. M.Fabiani., *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Il Fallimento* n.8/2010, pag. 906.

**– LA PREDEDUZIONE PER IL COMPENSO DEL  
PROFESSIONISTA ATTESTATORE**

Il professionista attestatore con l'intervento correttivo, in tema delle soluzioni concordatarie, si è visto affidare una responsabilità davvero rilevante.

Infatti ai sensi degli art. 161, 3°co., l.f. e art.182-*bis*, 1°co.,l.f., viene stabilito che il piano o l'accordo più la documentazione di cui all'art.161 devono essere depositati unitamente ad una relazione di un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

Mediante tale intervento si sostituisce l'attività istruttoria riservata in precedenza al tribunale, affidando a quest'ultimo un mero controllo di legalità (c.d. “*controllo notarile*”).

Il professionista deve avere i requisiti previsti dall'art. 28, lett. a) e b), l.f., deve essere iscritto nel registro dei revisori contabili e svolgere la professione di avvocato o dottore commercialista, inoltre vengono definiti ai sensi dell'art. 67, 3°co., l.f. i requisiti soggettivi con riferimento all'art. 2501-*bis*, 4°co c.c., che a sua volta richiama l'art. 2501-*sexies*.

Si è discusso se sia ammissibile come professionista attestatore, lo stesso professionista di fiducia del debitore. In tal senso si può constatare che la giurisprudenza, nel corso della prima applicazione del dettato normativo ha registrato una prassi fortemente ondivaga, non dimostrando un medesimo orientamento<sup>110</sup>; interessante, in merito, risulta un provvedimento del Tribunale di Piacenza attraverso il quale viene disposto che “*il professionista che redige la relazione che accompagna la domanda di concordato preventivo ed al quale viene demandata l'attestazione della veridicità dei dati aziendali, è tenuto ad una verifica puntuale ed analitica di tali dati e delle scritture contabili*” ed inoltre definisce che “*la figura di questo professionista viene in rilievo non tanto per il rapporto fiduciario che lo lega al cliente, bensì per la sua competenza professionale e la funzione di garante anche nei confronti di terzi*”.

---

<sup>110</sup> Cfr. sul punto specificatamente Di carlo A., Ferro M., Ruggiero A., *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Giappichelli, Torino, 2009, pag.91 quesito n.38.

Come si può ben comprendere da quanto detto, la relazione del professionista risulta presupposto fondamentale per l'ammissione al concordato preventivo o per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Per questi motivi, il Legislatore è intervenuto nel tutelare un aspetto non chiaramente definito in precedenza, ossia è intervenuto in merito al compenso spettante al professionista.

Ai sensi del nuovo art. 182-*quater*, 4°co., l.f., si prevede la prededucibilità anche per i compensi dei professionisti incaricati di predisporre la relazione di cui all'art. 161, terzo comma, e 182-*bis* l.f., alla domanda di concordato e la relazione al giudizio sulla attuabilità degli accordi di ristrutturazione.

In pratica tale tipologia di credito, nel momento in cui l'impresa viene ammessa al concordato preventivo o l'accordo viene omologato, viene considerato prededucibile.

Anche se viene fatto riferimento al solo credito del professionista attestatore *ex* art. 161 l.f. e non è dato oggettivamente ricomprendere il motivo dell'esclusione, ad esempio, del professionista che ha redatto il piano *ex* art. 160 l.f. o dell'avvocato che ha predisposto il ricorso diretto alla declaratoria di ammissibilità del beneficio concordatario.

Tale previsione di tutela potrebbe, pertanto, far sorgere dei problemi di costituzionalità, in riferimento alla disparità di trattamento del professionista attestatore rispetto agli altri professionisti coinvolti nella procedura concorsuale.

Il professionista, sia nel piano concordatario sia nell'accordo di ristrutturazione, attesta che il progetto appare realizzabile e idoneo a superare la situazione di crisi, consentendo il soddisfacimento integrale dei creditori che non si siano diversamente accordati con l'imprenditore.

Gli effetti di tale attestazione sono definitivi a condizione, per gli accordi di ristrutturazione, che intervenga l'omologazione e che gli accordi non vengano meno anche in caso di insuccesso del piano.

In generale, il credito del professionista godeva di tutela, infatti ai sensi dell'art. 2751-*bis*, n.2 c.c. era riconosciuta quale causa di prelazione solo per il fatto che l'attività fosse stata prestata.

Bisogna constatare che la natura del credito in questione non è concorsuale, in quanto anteriore all'avvio del procedimento.

Anche in questo caso soccorre, in via esegetica ed interpretativa un provvedimento del Tribunale di Bari del 17.05.2010, emanato quindi qualche mese prima l'entrata in vigore della novella in commento, che aveva tentato di razionalizzare un sistema normativo oggettivamente sperequato, anche alla luce dei difformi orientamenti giurisprudenziali che si erano venuti a creare in materia.

Esemplificativamente appare opportuno richiamare alcuni passaggi della motivazione “ *omissis* ..... *L'opponente nella presente fase contesta la mancata ammissione in prededuzione, avvenuta solo in privilegio, del proprio credito per prestazioni professionali relative alla assistenza alla domanda di concordato preventivo (redazione della “relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria”)* presentata dalla società, di poi dichiarata fallita.

*Deduce la professionista, a fondamento della sua pretesa che la nuova formulazione dell'art. 111 L.F., così come novellata con l'introduzione del 2° co. con la modifica introdotta dal D.lgs 05/2006, consente di ricomprendere le prestazioni professionali di cui si è avvalsa la società in crisi fra quelle sorte “in occasione e in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge”.*

*Tanto alla luce dell'ulteriore circostanza della necessità e propedeuticità dell'attività professionale ai fini dell'ammissione al concordato preventivo, provvedimento che non poteva in alcun modo prescindere dallo studio e dalle risultanze di cui alla relazione stilata.*

*Come noto in ragione del fondamento dell'istituto della prededuzione, in tema di consecuzione di procedure, prima della riforma il problema era stato risolto dalla giurisprudenza nel senso che il credito professionale sorto per attività prestata per la presentazione della domanda di concordato, in quanto debito contratto dallo stesso fallito prima della dichiarazione del fallimento e al di fuori del controllo degli organi della procedura, aveva natura non prededuttiva (cfr. in tal senso Cass. 9 settembre 2002, n. 13056, cit.; Cass. 14 luglio 1997, n. 6352; Cass. 5 agosto 1996, n. 7140, in Foro it., Rep. 1996, voce Fallimento, n. 547; Cass. 27 ottobre 1995, n. 11216; Cass. 16 giugno 1994, n. 5821; Cass. 5 maggio 1988, n. 3325; Cass. 3 ottobre 1983, n. 5753; nonché, fra i giudici di merito, Trib. Sulmona 23.10.2003;*

*Trib. Avezzano 5 aprile 2000, in Dir. fall. 2000, II, 410; Trib. Parma 17 marzo 1998, in questa Rivista 1999, 201; Trib. Perugia 20 luglio 1993,; Trib. Vicenza 31 maggio 1993; Trib. Napoli 6 aprile 1993; Trib. Velletri 11 gennaio 1993; App. Firenze 20 febbraio 1987, in Dir. fall., 1988, II, 462; Trib. Roma 4 novembre 1980, in Dir. fall., 1981, II, 181).*

*Il testo attuale dell'art. 111 l.f. si limita a recepire un indirizzo interpretativo maggioritario in tema di conversione di procedure, ovvero quello secondo il quale le spese contratte legittimamente nel corso della procedura concordataria ricevono il trattamento prededucibile nella procedura fallimentare in cui la prima si sia convertita (cfr. in tal senso Cass. Civ. 1983/5753 che aveva derogato al principio della non prededucibilità ma solo per i compensi e le spese dovuti al Commissario giudiziale e al Liquidatore, mentre la stessa Corte aveva successivamente ribadito, come visto, l'opposto principio per la generalità dei casi: cfr. Cass. Civ. 14 luglio 1997, n. 6352).*

*La ratio fondante di tale chiave di lettura ermeneutica della norma si basa sul principio di stabilità degli atti compiuti in corso di procedura, nel senso della tutela dell'affidamento dei terzi che instaurano rapporti giuridici con gli organi della procedura stessa.*

*La riforma dell'art. 111 l.f. si é, per altro, resa necessaria, come già correttamente ritenuto in giurisprudenza, nell'ottica di un concordato preventivo oggi non più esclusivamente liquidatorio, ma che può comportare la prosecuzione della attività di impresa e l'accesso a nuove linee di credito.*

*Tale può ritenersi la chiave di lettura e il senso della espressione "in occasione o in funzione" che definisce e delimita il credito prededucibile.*

*Da tanto dedurre che la norma abbia voluto ritenere la prededucibilità del credito, che ha carattere eccezionale, anche per i debiti sorti prima dell'apertura della procedura concordataria, nati per la sola iniziativa dell'imprenditore senza alcun vaglio giurisdizionale e, in alcuni casi finalizzati proprio a pregiudicare le ragioni dei creditori anteriori, parrebbe obiettivamente eccessivo.*

*Infatti principio cardine della prededucazione è appunto quello secondo cui i crediti a tale stregua trattati, in quanto relativi a debiti di massa (e non dell'impresa), devono seguire l'apertura della procedura ed essere sorti nell'ambito*

*della stessa e sotto il vaglio del giudice.*

*Soccorre sul punto l'art. 167 l.f., secondo cui gli atti previsti dalla norma al 2° co., ove compiuti senza autorizzazione del GD, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato; in caso di interpretazione estensiva del disposto di cui al 2° co. dell'art.111 l.f., si giungerebbe al paradosso che, per contro, gli atti compiuti prima dell'apertura della procedura (e dunque senza controllo giurisdizionale) fossero da ritenere prededucibili.*

*Del resto, il credito del professionista inerente alle prestazioni relative alla proposta concordataria sorge anteriormente alla apertura della procedura e trova regolamentazione nel principio generale di cui all'art. 184 L.F..*

*Orbene, se nell'ambito di una procedura concordataria, anche successivamente omologata, il pregresso credito del professionista non può ritenersi prededucibile, nella vigenza del principio generale di cui all'art. 184, davvero non si vede come possa successivamente mutare natura in caso di conseguente fallimento.*

*Chiarito ciò, se la locuzione "in occasione" ha un riferimento temporale certo, si tratta quindi di crediti sorti "durante" la procedura, non altrettanto chiaro è il termine "in funzione": tale termine non rimanda ad un ambito temporale certo, donde la deduzione che esso sarebbe tale da ricomprendere anche i crediti temporalmente anteriori all'apertura della procedura.*

*L'uso del termine "in funzione" implica soltanto una finalizzazione, una coerenza tendenziale con gli interessi dei creditori sottesa alla procedura concorsuale, che il mero riferimento temporale ("durante") non avrebbe assicurato.*

*Dunque, poiché l'espressione "in funzione" per sua natura non contiene di per sé un preciso riferimento temporale, ma solo teleologico, da questo punto di vista può ritenersi la sua neutralità, e come tale da ricomprendere in astratto anche crediti sorti nella fase antecedente alla apertura della procedura (quello del professionista, ad esempio).*

*Sovviene, tuttavia, la ratio della prededuzione.*

*In tutti gli ordinamenti essa si rinviene nel principio di stabilità degli atti compiuti nell'ambito, cioè all'interno, di una procedura, al fine di garantire colui che contrae con gli organi della procedura.*

*E' questo il principio che sorregge la norma di cui all'art. 67 comma 3° lett.*

d) LF (così come nel sistema americano la prededucibilità assiste i crediti sorti all'interno delle procedure di Chapter 11 e Chapter 7): l'esonero da revocatoria è previsto per i pagamenti posti in essere "in esecuzione del concordato preventivo" ovvero di un concordato ammesso e omologato: si tratta dei pagamenti effettuati secondo la proposta concordataria approvata dai creditori e ritenuta legittima dal tribunale.

I pagamenti effettuati prima del concordato, in quanto estranei alla previsione, in caso di successivo fallimento rientrano a pieno diritto nel regime delle revocatorie, quand'anche si tratti di prestazioni professionali.

Nel sistema codicistico un principio analogo si rinviene nell'art. 2929 c.c..

Infatti l'antecedente logico della prededucazione appare rinvenibile proprio nel sistema di controlli e garanzie diretti ad accertare la coerenza dell'atto con le finalità della procedura (ovvero la sua "funzionalità"), ad accertare cioè che esso sia strumentale all'interesse dei creditori e non si risolva in un trasferimento di ricchezza in loro danno.

In relazione all'*eadem ratio* vi è sostanziale identità fra posizioni creditorie sorte "in funzione" di una procedura concorsuale e quelle sorte in relazione a rapporti "strumentali" all'accesso alle medesime, posto che anche le seconde, in quanto finalizzate alla procedura concorsuale, possono considerarsi ad essa funzionali e, dunque, sorte "in funzione" (cfr. art. 111 l.f.).

Per esse, tuttavia, l'art. 67, comma 3, lett. g) dispone che non sono soggetti a revocatoria "i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali e di concordato preventivo".

Nell'ambito di tale disposizione possono sicuramente ricondursi i crediti relativi a nuove operazioni commerciali, al conseguimento di nuove linee di credito o di "cd nuova finanza".

Allora, come è stato notato in maniera avveduta, la differenza è proprio temporale: l'art. 67 lett. g) l.f. si occupa dei crediti strumentali antecedenti la procedura, mentre l'art. 111 l.f. disciplina i crediti funzionali successivi all'apertura della procedura concorsuale, ovvero crediti soggetti al controllo autorizzatorio attestante la funzionalità.

*La forza innovativa della modifica dell'art. 111 l.f. allora non è da ravvisare nella presunta apertura alla prededucibilità dei crediti professionali (o di altri crediti strumentali/funzionali contratti nella fase ante procedura), che resta inibita dalla assenza di preventivo controllo di funzionalità, ma in qualcosa di assai più rilevante e incisivo.*

*Il richiamo funzionale consente di superare l'indirizzo secondo cui (cfr. Cass. Civ. 14 luglio 1997 n. 6352) era sbarrata la strada ai finanziatori in corso di procedura nell'ambito di una visione meramente liquidatoria del concordato.*

*Una volta rivoluzionato il concordato preventivo che, almeno nelle sue potenzialità, cessa di essere una procedura di tipo esclusivamente liquidatorio, ma si presta ad essere o a diventare una vera procedura di riorganizzazione aziendale con possibilità di salvataggio del valore di impresa era imprescindibile il compimento dell'ulteriore passo, ovvero quello di permettere il finanziamento della impresa in procedura garantendo la certezza del realizzo del credito attraverso la prededucazione, cosicché il finanziatore può contare sulla garanzia offerta dall'attivo e non già su quella costituita dalla differenza fra attivo e passivo.*

*Con la riforma dell'art. 111 si è quindi concretizzata la sostituzione del giudizio di utilità ex post, con quello di funzionalità ex ante, con conseguente rafforzamento della garanzia - in passato aleatoria - di chi contrae sotto il controllo degli organi della procedura ..... omissis”*

Come visto ciò che si è voluto analizzare è se la funzionalità della prestazione rispetto alla procedura concorsuale possa essere ricompresa fra le prestazioni professionali di cui si è avvalsa la società in crisi “*in occasione e in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge*”.

Del resto, il credito del professionista inerente alle prestazioni relative alla proposta concordataria sorge anteriormente all'apertura della procedura e trova regolamentazione nel principio generale di cui all'art. 184 l.f.

Inoltre, ci si chiede come sia possibile che il credito del professionista considerato non prededucibile, nell'ambito di una procedura concordataria, anche successivamente omologata, sancito dal principio generale di cui all'art. 184 l.f., possa successivamente mutare natura in caso di conseguente fallimento.

Come trattato, prima della riforma il problema era stato risolto dalla

giurisprudenza nel senso che riteneva non prededucibile il credito professionale sorto per attività prestata per la presentazione della domanda di concordato, in quanto debito contratto dallo stesso fallito prima della dichiarazione del fallimento e al di fuori del controllo degli organi della procedura.

Inoltre il nuovo art. 111 l.f. si è limitato a recepire un indirizzo interpretativo maggioritario in tema di conversione di procedure, ovvero quello secondo il quale le spese contratte legittimamente nel corso della procedura concordataria ricevono il trattamento prededucibile nella procedura fallimentare in cui la prima si sia convertita.

Da tutto ciò si può constatare che una presunta apertura alla prededucibilità dei crediti professionali, in generale, non risiede in quanto dettato dall'art. 111 l.f., perchè la stessa resta inibita dalla assenza di preventivo controllo di funzionalità. Ma tale prededucibilità risiede in via definitiva in quanto previsto dall'art. 182-*quater*. Pertanto, come previsto, il compenso del professionista attestatore è ammesso in prededucazione se è espressamente qualificato tale nel decreto di apertura del concordato o di omologa di un accordo di ristrutturazione.

Affinchè la prededucibilità venga riconosciuta, risulta rilevante la “specificazione” di tale beneficio all’interno del provvedimento giudiziale, subordinata, quindi, al giudizio valutativo di effettiva “funzionalità” e “strumentalità” all’ammissione alla procedura o alla presentazione della domanda di omologazione.

Trattandosi di crediti prededucibili, come previsto dal 5°co. dell'art.182-*quater* l.f., gli stessi vengono esclusi dal voto.

## Conclusione

Dal lavoro svolto è emerso come il Legislatore, attraverso consecutive riforme, ha cercato di adeguare la legge fallimentare ai tempi e alle esigenze ristrutturative delle imprese in crisi con particolare riferimento alla delicata convergenza economica e finanziaria che sta attraversando trasversalmente tutto il settore imprenditoriale.

La crescita imprenditoriale nel nostro Paese incontra vari ostacoli, derivanti anche da un mondo sempre più “globalizzato” e da una concorrenza sempre più tagliente.

È giusto ribadire, e analisi economiche lo confermano, che una delle ragioni degli scarsi investimenti stranieri in Italia risiede principalmente nell'inaffidabilità tanto del nostro sistema giudiziario, quanto del sistema delle procedure concorsuali.

A tal proposito, il Legislatore ha cercato di snellire l'iter procedurale dei processi, così da diminuire i tempi, valorizzando quegli istituti diretti ad evitare che l'impresa raggiunga situazioni di crisi irrimediabili.

Effettivamente, il diritto fallimentare può dare delle certezze, in quanto permette di distribuire il rischio delle relazioni commerciali in modo prevedibile garantendo la stabilità delle relazioni, nonché permette di evitare il più possibile perdite di tempo che possano condurre ad una degenerazione dell'attività aziendale.

Ricapitolando, nell'arco di più di due anni vi sono stati ben quattro interventi legislativi.

L'attivismo del Legislatore, nel voler continuamente modernizzare il R.D. del 1942, si è ulteriormente manifestato con il d.l. n.78/2010. Con tale decreto è stato inserito nel sistema della legge fallimentare l'*art.182-quater*.

Con questo ulteriore intervento, è chiara la volontà del Legislatore nel voler mettere a disposizione dell'imprenditore un'ulteriore strumento atto a garantire maggiormente il soggetto che fornisce un aiuto economico all'imprenditore “onesto ma sfortunato”.

Inoltre se è vero che le banche ricevono continuamente avvisi di avvio di

procedure concorsuali è pur vero che l'accesso al credito, negli ultimi anni, è stato caratterizzato da una brusca frenata che ha contribuito, unitamente ad altri fattori esterni, a creare una situazione di crisi che interessa dalla “piccola bottega dell’artigiano” alla grande impresa industriale.

Nella speranza di un effettivo e definitivo “sblocco economico” è giusto valorizzare i processi di riforma che hanno interessato l'assetto societario accompagnato dall'evoluzione del diritto fallimentare. Ed è giusto altresì sottolineare l'importanza di questi istituti che se correttamente applicati e conosciuti dagli operatori del diritto potrebbero contribuire decisamente a risollevarle le sorti economiche della nostra nazione.

## **Bibliografia**

AA.VV., *Fallimento, crisi d'impresa e procedure concorsuali*, IPSOA, Francis Lefebvre, 2009.

AA.VV., *Le nuove procedure concorsuali*, La Tribuna, 2008.

ALESSANDRINI, *Profili penalistici*.

AMBROSINI S., *Appunti "flash" sull'art. 182-quater della legge fallimentare*.

AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. Cottimo, XI, Padova, 2008.

BANCA D'ITALIA, *La riforma delle procedure concorsuali. Le soluzioni normative negli Stati Uniti e in alcuni paesi europei*, Novembre, 1999.

BOLAFFIO L., *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinari*, Torino, 1932.

BONSIGNORE R., *Il finanziamento all'impresa in crisi nella fase della ristrutturazione del debito*, in *Il Fallimento* n.1/2009.

BOZZA G., *Formazione delle classi e alterabilità delle graduazioni legislative in Il Fallimento* n. 1/2009.

CAFFI M., in *Il concordato preventivo*, in *Il diritto fallimentare riformato, Commento sistematico*, a cura di G. Schiano di Pepe.

C AIAFA A., *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006.

CARAMASCHI, *I nuovi accordi di ristrutturazione*, in *Il nuovo diritto delle Società*, 2006.

CATALDI R., ROMANELLI F., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Italia Oggi*, 2010.

COTTANO M. e PALLADINO A., *La riforma del diritto fallimentare*, EGEA, Milano, 2006.

D'AMORA R., *"La prededuzione fra presente e futuro; la prededuzione dopo l'art.182-quater l.f.; le mobili frontiere della prededuzione: l'art. 182-quater l.f."*, 2010.

DE CRESCIENZO-PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, IPSOA, 2005.

DE SENSI, *Convenzioni stragiudiziali per il salvataggio delle imprese e patti parasociali*, in *Rivista Diritto Fallimentare*, 2005.

DI CARLO A., FERRO M., RUGGIERO A., *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti*, GIAPPICHELLI, Torino, 2009.

FABIANI M., *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Il Fallimento* n.8/2010.

FRASCAROLI SANTI, *Effetti della composizione stragiudiziale della insolvenza*, CEDAM, Padova, 1995.

GALLETTI D., *Commento all'art.160*, in *Il nuovo Diritto Fallimentare*, commentario coordinato da A.Jorio, ZANICHELLI, 2006.

GILARDONI A., PRIVATO S., *Elementi di economia e gestione delle imprese*, EGEA, Milano, 2000.

GUATRI L., *Crisi e risanamento delle imprese*, GIUFFRÈ, Milano, 1986.

GUATRI L., *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, EGEA, Milano, 1995.

LA CROCE G., *Finanziamenti Ponte e garanzie per debiti prescritti* in *Il Fallimento* n. 1/2009, IPSOA.

LENOCI V., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, GIUFFRÈ, Milano, 2010.

LOSURDO A., VIRGINTINO E., *La riforma del diritto societario*, GRAFICHE EUROSTAMPA, Bari, 2005.

MARANO, *Le ristrutturazioni dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Il fallimento*, 2006.

MONTELEONE M., *La regolazione pattizia dell'insolvenza e la gestione della crisi d'impresa*, 2006.

MOSCO G., *Concordato preventivo e piani negoziali per il risanamento dell'impresa*, 2009.

PACCHI S., *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005.

PACCHI S., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali alternative*, in *Rivista Diritto Fallimentare*, 1998.

PANZANI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed i limiti del sindacato del giudice*.

PEDRAZZI C., *Diritto penale*, GIUFFRÈ, Milano, 2003.

PIRAS A., *Diritto fallimentare*, GIUFFRÈ, Milano, 2008.

SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, GIUFFRÈ, Milano, 1984.

SACCHI, *Il concordato preventivo*, in *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa*, a cura di Jorio, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 328, GIUFFRÈ, Milano, 2009.

VITIELLO M., *Il nuovo concordato preventivo*, in *Rivista italiana di ragioneria e di economia aziendale*, gennaio-febbraio 2008.

## **Sitografia**

[www.dircomm.it](http://www.dircomm.it)

[www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

[www.appinter.csm.it](http://www.appinter.csm.it)

[www.ilsole24ore.it](http://www.ilsole24ore.it)

[www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org)

[www.dottrinaediritto.ipsoa.it](http://www.dottrinaediritto.ipsoa.it)