



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E CRITICA DEL DIRITTO

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE E COMUNITARIO

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

Anno accademico 2012/2013

TESI DI LAUREA IN DIRITTO COMMERCIALE

LA RIFORMA 2012 DEL CONCORDATO PREVENTIVO E IL BANKRUPTCY CODE STATUNITENSE

Relatore: Chiar. mo Prof. PAOLO MENTI

Correlatore: Chiar. mo Prof. ANNALISA LORENZETTO PESERICO

Controrelatore: Chiar. mo Prof. MATTEO CEOLIN

Laureando: PAOLO RUZZIN

Matr.: 553500

Ai miei genitori e alla mia compagna Maria Federica

INDICE SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	Pag.	1
---------------------------	------	---

Capitolo I

ANALISI DEL CHAPTER 11 DEL BANKRUPTCY CODE STATUNITENSE

1.	Evoluzione del sistema nordamericano dal Bankruptcy Act del 1898 al Bankruptcy Code del 1978	Pag.	5
2.	La ratio della riforma del 1978	»	10
3.	Soggetti e organi della procedura	»	13
3.1	Il debitore	»	13
3.2	Il <i>trustee</i>	»	14
3.3	L' <i>examiner</i>	»	16
3.4	Il <i>creditors' committee</i>	»	17
3.5	Il ruolo del giudice	»	19
4.	Istanza nei <i>voluntary</i> e <i>involuntary case</i>	»	22
5.	Effetti dell' <i>order for relief</i>	»	25
5.1	<i>Automatic stay</i>	»	25
5.2	<i>Debtor in possession</i>	»	30
5.3	Pagamento dei debiti anteriori alla procedura nei confronti dei fornitori essenziali	»	31

5.4	Autorizzazione a contrarre nuovi finanziamenti	»	34
6.	Il piano di riorganizzazione	»	37
6.1	Il contenuto	»	37
6.2	Requisiti soggettivi ed oggettivi	»	39
7.	<i>Disclosure statement</i>	»	44
8.	Votazione	»	46
9.	Giudizio di omologazione	»	49
9.1	Requisiti	»	50
9.2	<i>Cram-down</i>	»	53
10.	Analisi sull'efficienza del Chapter 11	»	55
11.	Cenni alle riforme più significative	»	59

Capitolo II

PIANO, PROPOSTA, DOMANDA DOPO LA L. 134/2012.

LA NUOVA DOMANDA DI PRE-CONCORDATO

1.	Premessa	Pag.	63
2.	Il nuovo articolo 161 l. fall. La domanda di concordato “con riserva”. La ratio dell’istituto	»	64
3.	Blocco delle azioni esecutive e cautelari	»	69
4.	“Correttivi” al blocco delle azioni creditorie	»	74
5.	Contenuto della domanda di pre-concordato e ruolo del tribunale nella fase interinale	»	80
6.	Problemi di coordinamento con la procedura fallimentare. Il		

comma 10 dell'art. 161 l. fall.	» 83
7. Il concordato in bianco come “passerella” verso l'accordo di ristrutturazione dei debiti	» 93
8. Cenni alla proposta di concordato preventivo	» 96
9. Tipologie di concordato. Un primo sguardo alla ratio del 186 bis	» 98

Capitolo III

RUOLO DEL PROFESSIONISTA E DEGLI ORGANI DELLA PROCEDURA TRA SPEDITTEZZA PROCEDURALE E NECESSARIA TUTELA CREDITORIA

1. Il professionista attestatore. Novità legislative	Pag. 105
2. Indipendenza. La modifica dell'art. 67 lett. d) l. fall.	» 107
3. Funzioni	» 113
4. Tutela dei creditori e rischio di eccessiva responsabilizzazione del professionista. Cenni al Chapter 11	» 119
5. Ruolo del Tribunale e giudizio di fattibilità. Confronto col Chapter 11	» 121
6. Le soluzioni prospettate da dottrina e giurisprudenza prima dell'intervento delle Sezioni Unite	» 129
7. La soluzione “interlocutoria” della Suprema Corte a Sezioni Unite	» 142
7.1 Fattibilità giuridica e fattibilità economica	» 143
7.2 La valutazione della causa <i>in concreto</i>	» 146
7.3 Il perimetro di sindacabilità del tribunale nelle fasi successive	

	all'ammissione	»	151
7.4	Confronti tra la pronuncia delle Sezioni Unite e le modifiche apportate dalla riforma 2012	»	152
8.	Domanda di concordato preventivo pendente un procedimento prefallimentare. Ruolo del giudice	»	156

Capitolo IV

LA “NUOVA FINANZA” E IL CONCORDATO CON CONTINUITA' AZIENDALE

1.	Premessa al capitolo	Pag.	161
2.	Finanziamenti in esecuzione, in funzione e in corso di procedura. Pre-concordato con richiesta di finanziamenti e ruolo del giudice nella fase interinale	»	162
3.	Significato di prededuzione e sua <i>ratio</i>	»	169
4.	Modifiche all'art. 182 quater. Eliminazione delle limitazioni soggettive	»	174
5.	Continua estensione dell'area del prededucibile. Incentivi alle imprese e rischi per il ceto creditorio	»	177
6.	Nuova finanza del terzo e divieto di alterazione dell'ordine legale dei privilegi	»	182
7.	Ambito di applicazione del 186 bis	»	185
8.	Il <i>business plan</i> e la attestazione della sua fattibilità da parte del professionista	»	186
9.	La disciplina dei rapporti giuridici pendenti e il nuovo 169 bis, l. fall.	»	193
10.	Nozione di contratti pendenti e sua disciplina <i>ante riforma</i>		

2012	»	194
11. La disciplina <i>post</i> riforma del D.L. Sviluppo 2012	»	198
12. L'istanza di scioglimento o sospensione di cui al 169 bis e la domanda di pre-concordato	»	200
13. Prosecuzione dei rapporti pendenti e tutele per il contraente <i>in bonis</i>	»	206
14. L'indennizzo al contraente <i>in bonis</i> nel caso di sospensione o scioglimento, il comma 2 dell'art. 169 bis l. fall.	»	209
15. Pagamento dei crediti anteriori alla procedura derivanti da prestazioni di beni e servizi (il nuovo 182 quinquies, comma 4, l. fall.)	»	214
16. La <i>par condicio creditorum</i>	»	221
17. La <i>par condicio creditorum</i> nella Costituzione	»	227
 Conclusioni	Pag.	233
 Bibliografia	Pag.	239

INTRODUZIONE

Il decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni in legge 7 agosto 2012, n. 134 e noto come “Decreto Sviluppo”, contiene una serie di disposizioni volte a favorire la crescita, lo sviluppo e la competitività. Rappresenta una presa d’atto da parte del legislatore circa la straordinaria necessità ed urgenza di legiferare – tramite lo strumento peraltro molto (forse troppo) usato del decreto legge – in materia di edilizia, trasporti, infrastrutture e procedure concorsuali, a causa della ormai nota situazione di crisi che in questi anni interessa il nostro Paese. Gli interventi in materia di concordato preventivo e di a.d.r. sono molteplici. Si approfondiranno durante il presente lavoro principalmente quelli riguardanti la prima fase del concordato preventivo. Tra tutti spicca per interesse non solo di chi scrive, ma a quanto pare anche delle imprese che ad oggi vi fanno ampiamente ricorso, il c.d. pre-concordato. Si tratta della possibilità concessa al proponente di presentare la domanda di concordato senza dover contestualmente depositare il piano, la proposta e l’ulteriore documentazione richiesta all’art. 161 l. fall. A seguito della presentazione di questo ricorso, o meglio con la pubblicazione nel registro delle imprese dello stesso (che comunque dovrà avvenire a cura del cancelliere entro il giorno seguente al deposito in cancelleria) si otterranno una serie di effetti particolarmente vantaggiosi. Innanzitutto il blocco delle azioni esecutive e oggi espressamente anche di quelle cautelari (altra novità della riforma) avrà inizio da tale momento e non più dal decreto di ammissione di cui al 163 l. fall. Sempre a partire dalla pubblicazione della domanda opererà l’inefficacia delle ipoteche iscritte dai creditori concorsuali nei novanta giorni precedenti. Insomma si può dire (come sottolinea Mauro Vitiello, attivissimo commentatore della riforma 2012) che «la procedura si apre a tutti gli effetti con la pubblicazione della domanda nel registro delle imprese».

Durante la fase chiamata “interinale” il debitore può compiere autonomamente gli atti di ordinaria amministrazione e abbisogna dell'autorizzazione del tribunale per quelli di straordinaria. Tra questi ultimi sono previsti particolari tipi di autorizzazioni che, una volta ottenute, possono risultare a dir poco favorevoli al debitore. Riguardo ad esempio il tema della “nuova finanza” prededucibile la riforma, oltre ad aver esteso a chiunque la possibilità di essere finanziatore ai sensi dell'art. 182 quater e quindi di godere del beneficio della prededuzione, ha introdotto il nuovo art. 182 quinquies l. fall. mediante il quale è possibile richiedere nuovi finanziamenti con la certezza della prededuzione anche nella fase tra il deposito della domanda di concordato preventivo e il decreto di ammissione alla procedura. Inoltre il nuovo art. 186 bis esplicita l'esistenza del concordato con continuità (invero già ammesso dalle precedenti riforme) creando una divaricazione sempre più netta tra concordati meramente liquidatori e concordati volti al recupero dell'attività d'impresa. Rispetto a quest'ultimo tipo vi è una norma, l'art. 182 quinquies, comma 4 l. fall., che disciplina la possibilità di pagare i crediti anteriori alla procedura ai fornitori di beni e servizi essenziali alla prosecuzione dell'attività d'impresa. Un altro istituto particolarmente calzante nel caso di continuità aziendale, ma non esclusivamente rivolto ad essa, è il 169 bis, il quale permette al debitore di fare istanza al tribunale (o al giudice delegato) per ottenere l'autorizzazione allo scioglimento (o alla sospensione per non più di sessanta giorni) dei contratti pendenti. Anche quest'ultima novità è di estrema rilevanza poiché inerisce al problema della prosecuzione dei rapporti “in corso” che oggi sembra così risolto con la regola della continuazione, sempreché appunto il debitore non utilizzi il 169 bis per porre fine al rapporto (o sospenderlo).

Si registra quindi un notevole *favor debitoris* nelle disposizioni del Decreto Sviluppo. Tuttavia l'interesse del debitore – ma più precisamente dell'impresa – ad una procedura snella, veloce, funzionale ad uscire dalla

crisi, deve fare i conti con la tutela dei creditori concorsuali. A detta di diversi autori le norme citate sono fortemente derogatorie della *par condicio creditorum*, principio fondamentale delle procedure concorsuali. Si cercherà lungo il presente lavoro di indagare su quale sia la portata di queste deroghe e se realmente queste possano considerarsi illegittime e finanche incostituzionali per violazione degli artt. 3 e 24 Cost.; per farlo sarà indispensabile esporre analiticamente tutte le suddette disposizioni e infine indagare sul concetto di *par condicio creditorum* e sulla valenza che esso assume oggi.

Hanno un ruolo a dir poco determinante rispetto al bilanciamento di valori di continuità aziendale e speditezza processuale da una parte e tutela dei creditori dall'altra, la figura del professionista attestatore e del suo *alter ego*, cioè del commissario giudiziale. Sul primo ci soffermeremo attentamente sia per delinearne il ruolo, la sua necessaria indipendenza, le sue funzioni (al capitolo III), sia perché svolge un ruolo chiave nella procedura rispetto le autorizzazioni di cui *supra* (capitoli II e IV). La figura del professionista è inoltre maggiormente responsabilizzata che in passato; ad esempio tramite l'introduzione di un nuovo reato proprio di cui all'art. 236 bis. Invece sul commissario giudiziale non ci si soffermerà a lungo, ma sarà trattato solo incidentalmente. Nonostante la scelta del legislatore di affidare primaria importanza all'autotutela dei creditori, tramite il professionista e le disposizioni riguardanti la possibilità di fare opposizione (che vedremo anch'esse solo incidentalmente nel Cap. III e nelle Conclusioni), rimane da chiedersi se il tribunale conservi un ruolo di prim'ordine ovvero se sia messo in secondo piano in modo da lasciare più spazio all'autonomia privata. A dire il vero l'intento del legislatore sembra quasi essere quest'ultimo, ma vedremo che invece il giudice conserva tuttora grande importanza. Anzi scopriremo analizzando attentamente la sentenza 1521/2013 delle Sezioni Unite che invero ha poteri più incisivi che in passato (Capitolo III).

Il lavoro che seguirà questa introduzione andrà a delineare i suddetti istituti in maniera critica tentando un continuo raffronto con la procedura di Chapter 11 prevista dallo U.S. Code nordamericano. Questo perché il legislatore della riforma 2012 si è ampiamente ispirato a tale procedimento d'oltreoceano che, vantando qualche anno in più del nostro nuovo concordato preventivo, può darci degli spunti interessanti sui ragionamenti e sui problemi che si sono susseguiti lungo gli anni della sua vigenza. La nostra analisi prenderà le mosse proprio da quest'ultimo.

CAPITOLO I

ANALISI DEL CHAPTER 11 DEL BANKRUPTCY CODE STATUNITENSE

1. Evoluzione del sistema nordamericano dal Bankruptcy Act del 1898 al Bankruptcy Code del 1978. – 2. La ratio della riforma del 1978. – 3. Soggetti e organi della procedura. – 3.1 Il debitore. – 3.2 Il *trustee*. – 3.3 L'*examiner*. – 3.4 Il *creditors' committee*. – 3.5 Il ruolo del giudice. – 4. Istanza nei *voluntary* e *involuntary case*. – 5. Effetti dell'*order for relief*. – 5.1 *Automatic stay*. – 5.2 *Debtor in possession*. – 5.3 Pagamento dei debiti anteriori alla procedura nei confronti dei fornitori essenziali. – 5.4 Autorizzazione a contrarre nuovi finanziamenti. – 6. Il piano di riorganizzazione. – 6.1 Il contenuto. – 6.2 Requisiti soggettivi ed oggettivi. – 7. *Disclosure statement*. – 8. Votazione. – 9. Giudizio di omologazione. – 9.1 Requisiti. – 9.2 *Cram-down*. – 10. Analisi sull'efficienza del Chapter 11. – 11. Cenni alle riforme più significative.

1. Evoluzione del sistema nordamericano dal Bankruptcy Act del 1898 al Bankruptcy Code del 1978

Il diritto fallimentare statunitense è basato a livello sostanziale sul Titolo 11 (il c.d. *Bankruptcy Code*) dello *U.S. Code* del 1978 e, a livello procedurale, sulle *Bankruptcy Rules* del 1973, come più volte riformati ¹. Il primo intervento normativo in materia fallimentare è stato il *Bankruptcy Act* del 1800 il quale prevedeva la possibilità di fallire per i soli commercianti e unicamente su i-

¹ Cfr. Bankruptcy Amendments and Federal Judgeship Act del 1984; il Bankruptcy Judges, United States Trustees and Family Farmer Bankruptcy Act del 1986; la riforma delle Small Business del 1994, che ha introdotto una procedura semplificata per le piccole imprese; il Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act del 2005, che ha introdotto il Chapter 15 riguardante il coordinamento delle procedure concorsuali transfrontaliere. Sul diritto processuale statunitense e sull'articolazione dei tribunali fallimentari (Bankruptcy Courts), che non sono oggetto di trattazione in questo scritto si veda S. BRAVO, *L'organizzazione delle corti in materia fallimentare negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. proc. Civ.*, 1992, p. 525.

niziativa dei creditori (cd. *involuntary proceeding*). Fu abrogato nel 1803 e il nuovo intervento del legislatore si fece attendere sino al 1841. Questa nuova legge disciplinava anche il fallimento dei debitori individuali non commercianti e l'iniziativa poteva partire anche dal debitore stesso (cd. *voluntary proceeding*), inoltre introdusse l'istituto dell'esdebitazione (*discharge*) su accordo di una percentuale di creditori ². Fu abrogata nel 1843; stessa sorte di brevissima durata toccò al *Bankruptcy Act* del 1876, che estese il fallimento alle società di capitali (*corporations*). Solo nel 1898 venne alla luce la prima grande riforma del *Bankruptcy Act*, la quale ha conferito sistematicità e stabilità alle previgenti leggi e recepì alcuni istituti già affermatasi in via di prassi.

In particolare l'*equity receivership* consisteva nella vendita all'asta dei beni del debitore e distribuzione del ricavato ai creditori. Tali beni venivano gestiti e preservati da un *receiver*, il quale aveva anche il compito di negoziare un accordo stragiudiziale tra comitati di creditori e di soci avente ad oggetto il controllo dell'azienda, la ridefinizione dei rapporti contrattuali e dei debiti della stessa; accordo che poi sfociava in un piano da presentare alla Corte. In realtà sembrava più una vendita fittizia visto che il fulcro di tale prassi erano proprio gli accordi stragiudiziali, i quali tra l'altro operavano molto spesso in danno dei creditori chirografari che ne erano rimasti estranei ³. Per evitare tali ingiusti trattamenti la giurisprudenza fissò alcune regole di cui, la più rilevante, venne introdotta come principio generale dalla Corte Suprema, la quale affermò che la riorganizzazione deve essere «giusta ed equa» (*fair and equitable*) per i creditori dissenzienti e che i loro diritti di credito non potevano avere un trattamento peggiore rispetto quello riservato ai crediti con grado di preferenza inferiore ⁴. Tale principio, che prese il

² Sulla discharge e sulla legge fallimentare precedente al Bankruptcy Act del 1898 si veda A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, Giuffrè, 1993, p.10 ss. Sempre sulla storia del diritto fallimentare statunitense L.P. KING, *Collier Bankruptcy Manual*, 3° ed, Vol. I, New York, 1992, par 1.1; A.N. RESNICK E E.M. WYPYSKI, *Bankruptcy Reform Act of 1978 – A Legislative History*, Vol. I, Buffalo, N.Y., 1979, p.5 ss.

nome di “*absolute priority rule*”, divenne centrale nell’ordinamento statunitense in tema di *reorganization* e lo è ancora oggi (seppur con alcune modifiche). Questo principio è presente anche nel nostro ordinamento all’art. 160 comma 2 l. fallimentare (cd. vincolo del rispetto della graduazione) ⁵.

Altro istituto risalente al *Bankruptcy Act* del 1898, dal quale trae origine l’attuale normativa in tema di riorganizzazione, era la “*composition*”, che consentiva ai piccoli imprenditori di concordare con i creditori chirografari (e solo con essi) il pagamento di una percentuale dei crediti e di ottenere, con il voto favorevole di una maggioranza qualificata di creditori e con l’approvazione della *Bankruptcy Court* la liberazione per la restante parte. La Corte, nell’approvare tale accordo, ne verificava convenienza per i creditori (*the best interest of the creditors*) avendo riguardo a quanto questi avrebbero ricevuto in caso di liquidazione ⁶. Anche il *best interest of the creditors* sarà elevato a principio generale dell’ordinamento statunitense e lo si ritrova ancora oggi. In particolare nel caso in cui una parte chieda al giudice la conversione del procedimento di Chapter 11 in Chapter 7 (procedimento liquidatorio, simile al nostro procedimento fallimentare), il giudice valuterà il miglior interesse per i creditori ⁷. Inoltre nel giudizio di omologazione del piano di riorganizzazione (Chapter 11 del *Bankruptcy Code*) nel caso in cui vi siano dei creditori che votano contro il piano; infatti il giudice, per poter omologare lo stesso il piano, – che dovrebbe essere approvato da tutte le classi cd.

³ Per una visione più precisa dell’ equity receivership Cfr. F. MARELLI, *Aspetti della liquidazione nella procedura di «riorganizzazione» prevista dal Capitolo 11 del Bankruptcy Code degli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1995, p. 809, ivi a p. 810-813.

⁴ Al punto che, prima di iniziare la soddisfazione di una classe subordinata, bisognava soddisfare integralmente la sopraordinata.

⁵ Riguardo il concetto di “fair and equitable” cfr. *Bankruptcy Rule* 1898, sez. 221(2) e il caso *Northern Pacific Railway v. Boyd*, 228 U.S. 282, 1913.

Sull’absolute priority rule cfr. *infra*; sul vincolo del rispetto della graduazione nell’ordinamento italiano cfr. M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, Zanichelli, 2011, p. 616 e il recente Trib. di Milano, Sez. Fallimentare – 2° civile, decreto 24 ottobre 2012.

⁶ Cfr. BAIRD, *The Elements of Bankruptcy*, New York, 1992, p. 63; F. MARELLI, *op. cit.*, p.813.

⁷ Cfr. Sez. 1112(b), U.S. Code.

“danneggiate” dal piano stesso – deve verificare che il medesimo sia effettivamente nell’interesse di tutti i creditori, anche e soprattutto dei dissenzienti⁸.

Nonostante la *equity receivership* e la *composition* presentino alcune somiglianze con l’attuale Chapter 11, bisogna tenere ben presente che il *Bankruptcy Act* del 1898 era improntato su una procedura prettamente liquidatoria in cui la nomina del trustee era obbligatoria (sempreché appunto non si nominasse un receiver) e di conseguenza anche la gestione dell’impresa era a lui affidata⁹. L’idea di lasciare la gestione in mano al debitore e contemporaneamente l’interesse del ceto creditorio con quello più ampio della salvaguardia dell’impresa in crisi, insinuatasi già, come abbiamo visto, in via di prassi, è divenuta legge soltanto con il *Chandler Act* del 1938, che introdusse i capitoli X, XI e XII.

Il Chapter X, volto “al salvataggio del patrimonio del debitore”, era un procedimento che poteva cominciare sia per istanza del debitore che dei creditori (rispettivamente *voluntary* ed *involuntary case*), ma la presentazione del piano che prevedeva le possibilità di salvataggio dell’impresa era esclusivo compito del *trustee*¹⁰. Il piano doveva essere approvato dal giudice e, in alcuni casi, valutato dalla *Security and Exchange Commission* (simile alla nostra CONSOB) e poi proposto ai creditori per la votazione. Rimanevano fermi i principi del piano “giusto ed equo” (*fair and equitable*), quindi dell’ *absolute priority rule* e il requisito del *best interest of the creditors* nel caso di omologazione

⁸ Cfr. Sez. 1129(a)(4), U.S. Code; Per una visione più ampia dell’ istituto del cd.cram-down vedi *infra*. Peraltro l’art. 180 comma 4, secondo periodo della legge fallimentare italiana richiama proprio questo principio.

⁹ Il trustee era ed è un organo molto simile al nostro curatore fallimentare. Cfr. *infra*.

¹⁰ Come lo è oggi nel concordato preventivo tedesco, anch’esso, come il nostro di derivazione nordamericana. Su di esso si veda A. JORIO, *Per una riforma della legge fallimentare: soluzioni normative ed esperienze negli USA in Germania e in Francia*, in *Riv. dir. dell’impresa*, 1995, p.429 ss; C. FERRI, *La «grande riforma» del diritto fallimentare nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p.176 ss; L. GUGLIELMUCCI, *La procedura concorsuale unitaria nell’ordinamento tedesco*, in *Giur. Comm.*, 2000, p. 489.

contro la volontà di alcuni creditori (cd. *cram-down*). A questa procedura particolarmente complessa – anche per il fatto che non vi era un termine entro il quale il trustee dovesse presentare il piano e per la possibilità dell'intervento di organi esterni come la S.E.C. – si affiancava la più snella procedura di Chapter XI.

Il Chapter XI era applicabile alle persone fisiche e giuridiche, poteva avviarsi solo tramite istanza del debitore (*voluntary case*) ed era caratterizzato da celerità e semplificazione. Fondamentale era la disposizione per la quale il debitore poteva continuare a gestire l'impresa ai fini della riorganizzazione: la nomina del *trustee* era qui meramente eventuale ¹¹, non era previsto l'intervento della S.E.C. e nemmeno l'approvazione del piano da parte del tribunale prima della votazione dei creditori. Il fatto che le società di capitali potessero scegliere tra i due procedimenti suddetti creava non poche perplessità in dottrina e giurisprudenza; visto che il Chapter XI era decisamente più snello e privo di molti dei formalismi che caratterizzavano il Chapter X, – e per di più concedeva al debitore di rimanere al comando della propria impresa – era di gran lunga preferito *ex latere debitoris*. Tuttavia bisogna tener presente che siffatta semplificazione era a scapito della tutela dei creditori. Il problema è di estrema attualità anche riguardo il concordato preventivo italiano odierno (che in un certo senso deriva dal Chapter XI statunitense). Infatti più si prevede che una procedura sia vantaggiosa per il debitore – il che significa concedergli la possibilità di continuare ad amministrare l'impresa, liberarlo da oneri di forma troppo gravosi, evitare il più possibile interventi di organi esterni e financo del giudice – più si lascia spazio ad abusi e accordi per così dire sottobanco (o meglio stragiudiziali) tra debitore e creditori più forti a tutto svantaggio dei creditori chirografari.

¹¹ Cfr. Sez. 342, *Bankruptcy Act* del 1898, come modificato dal *Chandler Act* del 1938.

Tornando al diritto nordamericano, la questione riguardo quale procedura si dovesse applicare nei singoli casi aveva come sfondo un periodo storico piuttosto buio per l'economia statunitense. Tra il 1950 e il 1970 i fallimenti avevano subito un incremento annuo del 1000%, arrivando a superare i 250.000 casi l'anno ¹². Si mostrava così l'inadeguatezza di un sistema troppo frammentario e troppo poco stabile per affrontare un periodo così delicato.

2. La ratio della riforma del 1978

Palesatasi così la necessità di un'ulteriore riforma il legislatore del 1970 incaricò un'apposita commissione (*Commission on the Bankruptcy Laws*) di studiare le differenze tra le procedure suddette e i problemi che ne conseguivano ¹³. La Commissione sottolineò che le più flessibili previsioni del Chapter XI portavano ad un numero di riorganizzazioni attuate con successo superiore a quello di Chapter X e che anche il tempo necessario per giungere alla omologazione del piano era nettamente minore. L'intento era di riunire il meglio delle tre procedure esistenti (c'era anche il Chapter XII, riguardante il salvataggio delle persone fisiche e società di persone) in un unico procedimento, che diventerà l'attuale Chapter 11 ¹⁴. L'esito della riforma è stato il *Bankruptcy Code* del 1978 il quale presentava novità di notevole rilevanza tra le quali l'eliminazione del requisito dell'insolvenza per essere ammessi alla

¹² Dati del H.R. Rep N. 595, 95th Cong., 2d Sess., 21 ; cfr. anche S. BRAVO, *op. cit.*, p.540.

¹³ Cfr. Report of the Commission, Part I, H.R. Doc. N. 93-137, pt. 1, 93d Congress, 1st. Sess., 244-45, 1973. La Commissione venne istituita con la Public Law N. 91-354, 84 Stat. 468; composta da nove membri, tra cui il deputato Don Edwards, il quale fu uno dei principali promotori della riforma – tanto che il Bankruptcy Act viene chiamato anche Edwards Act. – siglò il progetto di riforma presentato alla Camera e il senatore Quentin Burdick, colui che convinse il Congresso della necessità di tale riforma. Vedi sul punto S. BRAVO, *op. cit.*, p. 540-541; F. MARELLI, *op. cit.*, p.815-817.

¹⁴ Seppur con alcune modifiche, come detto *supra*, in nota 1;

Cfr. Historical and revision notes – Legislative Statement, in U.S. Code Annotated, Bankruptcy, Title 11, Chapter 11, St. Paul, 1978, p. 394.

procedura e soprattutto la possibilità per i creditori di presentare un piano di riorganizzazione dopo un periodo di esclusiva in cui la formulazione era concessa solo al debitore (*exclusivity period*) ¹⁵.

Invero il procedimento non era (e non è) disciplinato unicamente dal Chapter 11, che tuttavia rappresenta il cuore della cd. *reorganization*, ma vi sono continui richiami ad altri capitoli del *Bankruptcy Code* ¹⁶. La procedura prevista dal novellato Chapter 11 è volta conservare l'impresa insolvente, perché evitare la liquidazione dei singoli cespiti e lo smembramento dell'azienda significa anche conservare posti di lavoro e preservare il valore di avviamento dell'impresa, raggiungendo un beneficio, oltretutto per il debitore, anche per i creditori, che si troveranno ad essere soddisfatti più che con la mera liquidazione dei singoli beni ¹⁷. Infatti principio cardine rimane il *best interest of the creditors*. Non tutte le imprese in crisi hanno lo stesso potenziale, alcune inevitabilmente verranno liquidate, ma altre, economicamente più efficienti, possono continuare ad operare nel mercato e ad intrattenere relazioni economiche, liberandosi dal peso dei debiti (cd. *fresh start*). Emerge sempre più il concetto nordamericano di insolvenza, che sarà il punto di partenza per le continue riforme che hanno interessato il nostro Paese in tema di concordato preventivo. «L'insolvenza, lungi dall'apparire una colpa per la quale il debitore deve essere punito con la sua eliminazione dalla vita degli affari, viene considerata normalmente poco più che un incidente professionale, che può capitare a qualsiasi operatore economico, e di fronte al quale il compito dell'ordinamento positivo è anche e soprattutto quello di offrire al debitore onesto, ma sfortunato la possibilità di chiudere con il passato e di ricominciare su basi nuove la

¹⁵ Sul requisito dell'insolvenza, che per la verità rimane nel caso di involuntary case, se c'è opposizione del debitore e sul exclusivity period vedi *infra*.

¹⁶ Capitolo 1, cfr. U.S. Code, Title 11, Sez. 101-109, "General provisions"; capitolo 3, cfr. U.S. Code, Title 11, Sez. 301-366, "Case administration"; capitolo 5, cfr. U.S. Code, Title 11, Sez. 501-599, "Creditors, the debtor and the estate".

¹⁷ Cfr. Relazione al Bankruptcy Code, H.R. Rep. N. 595, 95th Cong., 2d sess., in 1978 U.S. Code Cong. & Admin. News 5963, 6179-84.

propria attività»¹⁸. Peraltro la nozione di debitore onesto ma sfortunato era già presente nel concordato preventivo italiano del 1942, ma in quanto requisito soggettivo assai stringente, invece l'ordinamento statunitense (e anche quello nostrano dal 2005 in poi) prevedono un'estrema flessibilità dei requisiti soggettivi di accesso alla procedura¹⁹.

Se queste sono le finalità del procedimento, il modo per raggiungerle – nella mente del legislatore – era «il naturale esito di libere trattative tra le parti interessate»²⁰, trattative che hanno ad oggetto il piano di riorganizzazione che deve essere votato dai creditori e approvato dalla Corte. Il giudice quindi ha funzione limitata e sta per così dire “al di fuori” lasciando il più possibile spazio all'autonomia privata. Più che altro la sua funzione è incisiva nella fase finale di omologazione e nel caso di richiesta di conversione della procedura in *liquidation*²¹. Questo era vero soprattutto in un primo tempo; poi negli anni '90 in via di prassi e con la riforma del 1994 vedremo che il ruolo del giudice sarà sempre più penetrante²².

¹⁸ Cfr. M.J. BONELL, *La crisi delle tradizionali procedure concorsuali: uno sguardo oltre frontiera*, in *Giur. Comm.*, 1981, I, p. 680, ivi a p. 687.

¹⁹ Cfr. M. FABIANI, *op. cit.*, p. 640 e ss.

²⁰ Cfr. F. MARELLI, *op. cit.*, p. 817.

²¹ Anche se tuttavia è proprio la Corte che nelle fasi iniziali valuterà se autorizzare alcuni importanti istituti (nuovi finanziamenti, pagamento dei creditori anteriori) in quanto atti di straordinaria amministrazione.

²² Sulla prassi del giudice Small, sul ruolo del tribunale e sulla riforma del 1994 vedi *infra*.

3. Soggetti e organi della procedura

Il Chapter 11 del Titolo 11 dello U.S. Code è a sua volta diviso in sottocapitoli; in particolare quello che fa riferimento agli organi della procedura è il *Subchapter I*, situato nelle sez. 1101-1112 del Titolo 11 del Code, ma a disciplinare la materia in questione sono anche altre disposizioni generali che si rinvencono all'interno del Titolo 11 ²³.

3.1 Il debitore

Sono considerati debitori ai fini della *reorganization* tutti quei soggetti che possono essere soggetti passivi della *liquidation* ²⁴, ma in quest'ultima si fa riferimento al concetto ampio di “*person*” ²⁵; vi rientrano infatti persone fisiche, associazioni e società, anche di capitali (*corporation*).

Sono escluse però le società di assicurazione, le banche e gli altri istituti di credito. Si è a lungo discusso se persona fisica volesse significare unicamente imprenditore o anche soggetti che non esercitano attività d'impresa (*consumer debtor*); la Corte Suprema ²⁶ ha optato per l'interpretazione più ampia, sostenendo che non vi è alcuna disposizione contraria nel Code.

Il debitore è la figura chiave della *reorganization*, infatti la nomina del *trustee*, come vedremo, è solo eventuale e la gestione del patrimonio rimane in capo al medesimo. Tuttavia, dopo l'istanza che dà avvio al procedimento – che può essere presentata anche dai creditori – sul debitore si concentrano alcuni poteri e obblighi propri del *trustee* ²⁷, come l'obbligo di preservare

²³ Cfr. *supra*, in nota 15. Vedi anche: subchapter II, “The Plan”, sez. 1141-1146, riguardante il piano di riorganizzazione; subchapter III, “Postconfirmation matters”, riguardante gli effetti dell'omologazione e l'esecuzione del piano.

²⁴ Cfr. sez. 109(d), U.S. Code.

²⁵ Cfr. Sez. 109(b): “A person may be a debtor under chapter ...7”.

²⁶ Cfr. Caso *Toibb v. Radloff*, 111 S. Ct. 2197, 1991.

²⁷ Cfr. Sez. 1107(a), U.S. Code; Sez. 541(a), U.S. Code; A. CASTAGNOLA, *La nuova disciplina del fallimento negli Stati Uniti*, in *Giur. Comm.*, 1987, I, p. 341; cfr. *Notes of Committee on the judiciary*, House Report N. 95-595, in U.S. Code Annotated, *op. cit.*, p. 402.

la massa patrimoniale, ora destinata esclusivamente al recupero dell'impresa e alla soddisfazione dei creditori, la legittimazione *ad causam* attiva e passiva e finanche il potere di esercitare azioni revocatorie.

3.2 Il trustee

La figura in questione è in parte assimilabile a quella del nostro curatore fallimentare. Tuttavia mentre nel concordato preventivo italiano non è prevista la partecipazione di tale organo nel Chapter 11 statunitense il *trustee* viene nominato dalla Corte, sentiti i creditori, al verificarsi di alcuni requisiti e sempreché ciò sia interesse dei creditori (ecco ancora il *best interest of the creditors*)²⁸. Sembrerebbe che la nomina operi solo ad istanza di parte, infatti si parla di «*on request of a party in interest*», ma interpretando la sez. 1109(b) in sistema con la sez. 105 dello U.S. Code possiamo ritenere concepibile anche una nomina d'ufficio²⁹. I casi in cui si ritiene vi sia giusta causa per la nomina sono: frode (*fraud*), mala fede (*dishonesty*), cattiva gestione e incompetenza (*gross mismanagement*), riferiti sia al periodo anteriore all'inizio della procedura, sia a quello successivo. La Corte gode di ampia discrezionalità nel valutare la presenza di tali ipotesi nel caso concreto e l'interesse dei creditori alla nomina del *trustee*.

Più volte in dottrina e giurisprudenza si è posto il problema di bilanciare i vantaggi e gli svantaggi della presenza del *trustee* nella riorganizzazione³⁰. Sicuramente vi è un maggior controllo sull'operato del debitore, controllo che altrimenti è affidato unicamente al comitato dei creditori, che (come vedremo *infra*) è composto da creditori chirografari; ossia i creditori

²⁸ Cfr. Sez. 1104, U.S. Code; F. MARELLI, *op. cit.*, p. 838.

²⁹ Cfr. L. PICONE, *La reorganization nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, Giuffrè, 1993, p.35, in nota.

³⁰ Cfr. F. MARELLI, *op. cit.*, p. 839; F. MARELLI, *La procedura di «riorganizzazione» prevista dal capitolo 11 del «Bankruptcy Code» degli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, II, ivi a p. 578.

più deboli, quelli non in grado di procurarsi garanzie e spesso anche privi delle informazioni necessarie per intervenire attivamente e verificare realmente che non vi siano intenti fraudolenti in loro danno. Controllo tanto più necessario dato che il blocco delle azioni esecutive e cautelari (c.d. *automatic stay*) si ha già con l'istanza con cui il debitore dà avvio alla procedura ³¹ e dura sino all'omologazione, che si avrà mesi o addirittura anni dopo; infatti non c'è (almeno fino alla riforma del 1994 per le piccole imprese) un termine per presentare il piano dinnanzi alla Corte. Quindi ben vengano i controlli, ma bisogna tener conto anche degli svantaggi.

La *reorganization* è basata sul recupero dell'impresa in crisi da parte del debitore, il quale ha dietro di sé un insieme di competenze, conoscenze tecniche e relazioni sociali e commerciali che, soprattutto nelle imprese più piccole cui è principalmente destinato questo strumento, sono fondamentali proprio per portare avanti l'impresa e traghettarla fuori dalla crisi. Questa è la *ratio* della gestione in capo al debitore (*debtor in possession*) e la sostituzione del medesimo con un *trustee* non sempre è auspicabile. Tanto che vi è chi propone di ampliare i casi in cui non opera il blocco delle azioni esecutive e cautelari, per evitare possibili abusi a fini dilatori di questo istituto piuttosto che sostituire l'imprenditore (o l'amministrazione della società) con un *trustee* ³². In ogni caso, una volta nominato, il *trustee* assume diverse funzioni: svolge indagini sull'attività del debitore e sulle sue condizioni patrimoniali e finanziarie, presenta la dichiarazione dei redditi della società, verifica l'esistenza e la legittimità dei crediti rivendicati, conduce le trattative coi creditori, formula il piano ³³, esercita azioni revocatorie e rilascia i beni che

³¹ O con l'order for relief nel caso di istanza del creditore (involuntary case), che comunque è temporalmente collocato nella fase iniziale della procedura.

³² Si veda C. FERRI, *op. cit.*, p. 78.

³³ Cfr. R. DI MASSA, *Il diritto concorsuale statunitense fra risanamento e liquidazione*, in *Il Fall.*, n.9, 2003, p.954, ivi a p. 955.

Sulla formulazione del piano da parte del *trustee* nel diritto tedesco vedi *infra*, in nota 9.

risultano inutili o dannosi al patrimonio del debitore ³⁴. Questi ha inoltre legittimazione *ad causam* attiva e passiva ³⁵, ha l'obbligo di comportarsi secondo fedeltà ed è responsabile delle perdite patrimoniali che dovessero verificarsi nel corso della sua gestione. Riguardo tale gestione ed amministrazione del patrimonio, ormai destinato alla soddisfazione creditoria ed al recupero dell'impresa, è bene precisare che il *trustee* ha poteri molto ampi ed è quindi onere della Corte specificare eventuali limitazioni ³⁶

3.3 L'examiner

Organo peculiare del sistema statunitense l'esaminatore è una figura in parte simile al nostro commissario giudiziale. Tuttavia viene nominato solo eventualmente, anzi per la verità la sua partecipazione è abbastanza infrequente; infatti non può coesistere con il *trustee*, e se vi sono forti sentori di frode o incompetenza del debitore verrà semmai nominato quest'ultimo ³⁷; inoltre vi devono essere passività superiori a cinque milioni di dollari. La sua funzione è piuttosto indeterminata. Il compito principale dell'*examiner* è ispezionare gli atti e la situazione patrimoniale del debitore e riferirla ai creditori e alla Corte, ma soprattutto nelle grandi imprese svolge attività di mediazione nelle trattative tra debitore e creditori ³⁸. Questo perché i loro interessi sono spesso divergenti e l'idea di lasciare ampio spazio alle libere trattative dei privati può portare a situazioni di stallo.

³⁴ Cfr. Sez. 704, U.S. Code.

³⁵ Cfr. Sez. 303(b), U.S. Code.

³⁶ Cfr. sez. 1108, U.S. Code.

³⁷ Cfr. Sez. 1104(b), U.S. Code; cfr. F. MARELLI, *ult. op. cit.*, p. 586.

³⁸ Cfr. F. MARELLI, *Aspetti della liquidazione nella procedura di «riorganizzazione» prevista dal Capitolo 11 del Bankruptcy Code degli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1995, p. 809, ivi a p. 839.

3.4 Il Creditors' committee

Il legislatore ha previsto questo organo come contrappeso per bilanciare l'ampio potere lasciato al debitore. Se quest'ultimo trae vantaggio dall'*automatic stay*, dalla poca severità dei requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti per partecipare alla procedura e dalla flessibilità del piano di riorganizzazione, il comitato dei creditori rappresenta gli interessi della massa dei creditori, in particolare dei creditori più deboli: i chirografari. La finalità del Chapter 11 non è unicamente "rimettere in carreggiata" l'impresa, ma anche sempre e comunque soddisfare l'interesse dei creditori più di quanto non lo si possa fare con una procedura di *liquidation*. Quindi appare fondamentale una figura che pesi questa libertà concessa *ex latere debitoris* e lo tenga alla lontana da intenti fraudolenti e dilatori, come la tentazione di utilizzare l'*automatic stay* per protrarre l'agonia dell'impresa e "intascare" quanto poco è rimasto, il tutto lontano dalla forza aggressiva del ceto creditorio che non potrebbe fare altro che guardare ed aspettare inerte la fine fallimentare dell'impresa ormai prosciugata. A questa affermazione si potrebbe facilmente obiettare che comunque il giudice ha la funzione di vigilare sul *best interest of the creditors*. Tuttavia (come vedremo *infra*, paragrafo 3.5) negli intenti del legislatore la Corte deve tenersi il più possibile al di fuori delle trattative delle parti che debbono essere quanto più libere e naturali possibile ³⁹.

La funzione del *creditors' committee* è innanzitutto di controllo. Può venire a conoscenza di irregolarità nella gestione ed eventuali frodi del debitore anche grazie a poteri investigativi, servendosi all'occorrenza di professionisti (principalmente avvocati e commercialisti) e ottenendo dalla controparte ogni informazione e documento utile (*discovery*). Inoltre una volta scoperte le irregolarità può richiedere alla corte la nomina di un *trustee* o di un *examiner* ⁴⁰.

³⁹ Cfr. L. G. PICONE, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁰ Cfr. Sez. 341, U.S. Code.

Sotto un profilo processuale il comitato dei creditori viene nominato dallo *U.S. Trustee* «non appena possibile» dopo l'ordine del giudice che dà inizio alla procedura (*order for relief*)⁴¹. Il comitato necessariamente nominato è uno ed è il comitato dei creditori chirografari titolari dei sette maggiori crediti⁴², ma talvolta vi è la possibilità di nominare anche comitati cd.”speciali” rappresentativi degli interessi di altri creditori o di azionisti⁴³. La prima riunione del *committee* deve tenersi non prima di venti giorni e non dopo quaranta giorni dall'*order for relief*⁴⁴.

Come accennato *supra* al paragrafo 3.2, il comitato dei creditori non sempre riesce a svolgere quel controllo così penetrante da arrivare a conoscere ogni tentativo di frode del creditore o di accordo tra questi e i creditori più forti proprio perché i chirografari, un po' per le scarse aspettative in merito alla loro soddisfazione, un po' (e soprattutto) perché non sono in grado di ottenere quelle informazioni rilevanti che hanno invece i creditori più forti (ad es. le banche), rinunciano sul nascere a utilizzare i loro poteri ispettivi e di controllo. Questo ha portato qualche Corte a non omologare il piano in casi in cui il comitato dei creditori era rimasto totalmente inerte, sostenendo che questo non avesse solo il potere, ma bensì il dovere di utilizzare gli strumenti messi a disposizione dal legislatore nel loro interesse⁴⁵.

⁴¹ Cfr. Sez. 1102-1102, U.S. Code; Lo *U.S. Trustee* è un'altro organo della procedura, volto ad alleggerire i compiti amministrativi della corte e che può intervenire in casi specificati dal Code, Cfr. Titolo 28, sez. 581(a), U.S. Code.

⁴² Cfr. Sez. 1102(b)(1); in realtà vedremo *infra* che con la riforma del 1994 è possibile che il tribunale escluda anche la nomina di quest'unico comitato se debitore è una piccola impresa e non vi è una effettiva ragione per nominarlo, sul punto si veda anche R. DI MASSA, *op. cit.*, p.956.

⁴³ Ad esempio il comitato dei creditori con credito derivante da prestazioni lavorative; cfr. Sez. 1102(a)(2).

⁴⁴ Cfr. Sez. 341, U.S. Code.

⁴⁵ Sul punto cfr. MEIR-BROWN, *Representing Creditors' Committes Under Chapter 11 of the Bankruptcy Code*, in *American Law Journal* 56, 1982, ivi a p. 223 e ss.; F. MARELLI, *La procedura di «riorganizzazione» prevista dal capitolo 11 del «Bankruptcy Code» degli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, II, ivi a p. 585-586.; cfr. anche caso: *In re Western Management, Inc.*, Collier Bankruptcy Cases 2d (MB) 1309, 1980.

3.5 Il ruolo del giudice

Il ruolo del giudice nel Chapter 11 ha subito una notevole evoluzione nel corso degli anni ⁴⁶. Nei primi anni di vigenza del Code del 1978, stando alla volontà del legislatore, così come desunta dai lavori preparatori ⁴⁷, la Corte doveva ingerire il meno possibile nelle trattative tra debitore e creditori. In particolare il legislatore riteneva che il naturale esito di libere trattative potesse portare ad una più efficace riorganizzazione dell'impresa; questo a patto che le parti fossero dotate delle informazioni e delle competenze necessarie per porre in essere un piano equo. Il faro da seguire rimaneva la soddisfazione dei creditori, perciò per lasciarli liberi di negoziare era imprescindibile – pena una chiara lesione dei diritti dei più deboli – assicurarsi che tutti i creditori avessero “adeguate informazioni”, ossia quelle necessarie e sufficienti per poter valutare correttamente il piano ⁴⁸. Il ruolo della Corte era soprattutto quello di “controllore dall'esterno”. Un primo ambito in cui interveniva era l'udienza di approvazione del *disclosure statement*, che è appunto una relazione informativa che accompagnava il piano e che il debitore doveva presentare ai creditori, dopo una preventiva approvazione del giudice ⁴⁹; dalla riforma del 1994, l'approvazione della relazione informativa è contestuale all'omologazione del piano. Altra occasione di intervento della Corte era, ed è tuttora, nel caso di richiesta di conversione del procedimento in Chapter 7 (*liquidation*). La richiesta può provenire da una parte interessata o dallo *U.S. Trustee* e deve essere notificata a tutte le parti; è possibile che la Corte fissi un'apposita udienza

⁴⁶ Per una visione completa del sistema delle corti statunitensi si veda S. BRAVO, *op. cit.*

⁴⁷ Cfr. Relazione al Bankruptcy Code, H.R. Rep. N. 595, 95th Cong., 2d sess., in 1978 U.S. Code Cong. & Admin. News 5963, 6179-84.

⁴⁸ Cfr. L. G. PICONE, *op. cit.*, p. 21 e ss.

⁴⁹ Cfr. Sez. 1125, U.S. Code; sulle “adeguate informazioni” si veda *infra* in tema di disclosure statement.

per decidere se la conversione (o eventualmente la chiusura del procedimento) operi nel miglior interesse dei creditori ⁵⁰ .

Tuttavia la Corte interveniva, e interviene anche oggi, in un'altra fondamentale parte della procedura: l'udienza di omologazione del piano di riorganizzazione. Quanto abbiamo detto finora in merito al ridotto potere del giudice e al suo operare solo dall'esterno senza turbare la negoziazione essenzialmente privata del piano vale più che altro per la parte iniziale della procedura. In sede di omologazione infatti i poteri del giudice sono notevoli e notevole è anche il suo ruolo di controllore e difensore non solo dell'interesse creditorio, ma anche dell'efficienza della *reorganization*. In pratica andrà a valutare la fattibilità del piano sia giuridica che economica (per dirla alla maniera della Cass. Sez. Unite italiana, che si è recentemente pronunciata in tema di fattibilità nel concordato preventivo nostrano) ⁵¹. Questo sta a significare che la Corte cerca di prevedere, sulla base del piano e della relazione informativa, quale sarà il probabile esito della *reorganization* e lo omologherà solo se lo riterrà realizzabile, avuto riguardo anche alla solvibilità del debitore al termine della procedura. Tale ruolo sembra essere anche più incisivo dell'analogo italiano; bisogna anche considerare che nell'ordinamento statunitense non è prevista la figura del professionista attestatore e nemmeno del commissario giudiziale (la partecipazione del *trustee* e dell'*examiner* è meramente eventuale), quindi la valutazione non può riguardare aspetti prettamente giuridici ⁵² ma anche economici. Invero si badi bene che la fattibilità andrà esaminata nei termini suddetti *solo* se vi sia opposizione da parte di alcuni creditori *impaired* (ossia quelli danneggiati, cioè i votanti), altrimenti il giudice neanche si porrà il problema della fattibilità, non potendosi sostituire alla volontà del ceto creditorio. Rimane

⁵⁰ Cfr. Sez. 112(b), U.S. Code.

⁵¹ Cfr. Sez. 1129(a)(11). Sulla fattibilità del concordato preventivo italiano e sulla sentenza delle Sez. Unite si veda ampiamente *infra*, capitolo III.

⁵² Come sembrerebbe affermare, riguardo il ruolo del tribunale italiano nel concordato, la Cass. Sez. Unite nella recentissima sentenza 1521/2013.

però un giudizio peculiare, quello sulla valutazione caso per caso della “buona fede del debitore”, concetto assai ampio che arriva a conferire alla Corte una discrezionalità non indifferente. A ben vedere anche la Cassazione Sezioni Unite italiana (sentenza 1521/2013 cit.) auspica un controllo sull’attitudine del piano a realizzare la causa concreta del concordato preventivo, così come delineata caso per caso dalla proposta debitoria. Ecco che quindi, seppur con delle differenze rappresentate principalmente dalla questione sulla fattibilità economica, il ruolo del giudice italiano, all’alba della riforma 2012 e dell’intervento a Sezioni Unite della Suprema Corte, non pare così dissimile da quello delle Corti d’oltreoceano.

Altra cosa è poi il giudizio sulla convenienza per i creditori (*best interest of creditors test*). Questa è una valutazione che attiene proprio al merito e ha ad oggetto il maggiore o minor valore che il ceto creditorio può realizzare se si segue la strada del Chapter 11 anziché quella della *liquidation*; se la somma prevista dal piano è superiore a quella che effettivamente riceverebbero con la *liquidation* la Corte lo omologa. Anche la convenienza, a maggior ragione, può essere sindacata solo nel caso in cui vi siano dei creditori danneggiati dal piano (*impaired*)⁵³ che non lo hanno approvato in sede di votazione. Non si può quindi verificare l’ipotesi in cui, nonostante la votazione favorevole di tutti i creditori (quelli danneggiati, perché gli altri non votano), il tribunale decida comunque di non omologare in piano; questo è quanto accadeva nel concordato preventivo italiano del ’42.

Con il *Bankruptcy Reform Act* del 1994, che riguarda la *small business*, il ruolo del giudice divenne più incisivo anche nella fase iniziale del procedimento. La riforma aveva come scopo la massimizzazione dell’efficienza del Chapter 11 per le piccole imprese. Il problema riscontrato era che solo pochi procedimenti di *reorganization* andavano a buon fine (il 10% circa) e an-

⁵³ Sul concetto di creditore danneggiato e sul *cram-down* si veda *infra*.

che in questi la conferma del piano avveniva a più di venti mesi dall'istanza di ammissione ⁵⁴. La soluzione è stata quella di prevedere un'udienza (chiamata *status conference*), su istanza di parte o anche d'ufficio, nella quale il giudice poteva: fissare un termine entro il quale presentare il piano, diminuire l'*exclusivity period* ⁵⁵ e finanche convertire la *reorganization* in *liquidation*, anticipando così il giudizio di fattibilità ⁵⁶. Quest'ultima ipotesi solo qualora ravvisasse *prima facie* l'irrealizzabilità della riorganizzazione, avendo riguardo alle concrete possibilità di recupero dell'impresa e quindi alle condizioni economiche del debitore. Così dal '94 in poi il giudice non è più un mero arbitro esterno alla procedura nemmeno nella fase iniziale, ma custode della speditezza e dell'efficienza della procedura di Chapter 11.

4. Istanza nei voluntary e involuntary case

Nel *Bankruptcy Code* sono previste due tipologie di istanza. Nella sez. 301 si fa riferimento al cd. *voluntary case* e nella sez. 303 all'*involuntary case*, distinguendo così l'ipotesi in cui l'istanza proviene dal debitore da quella in cui l'istanza è proposta dai creditori (al plurale perché devono essere almeno tre).

Si noti però che le sezioni appena citate dello U.S. Code non riguardano esclusivamente la *reorganization* e non sono nemmeno situate nel Chapter 11, ma nel Chapter 3, Titolo 11 (*bankruptcy*) del Code e sono applicabili anche alla procedura di *liquidation* prevista dal Chapter 7 ⁵⁷.

⁵⁴ Cfr. FENNING, *The future of Chapter 11: One View from the Bench*, in *Ann. Surv. Bankr. L.* 1993-1994, p. 113; F.MARELLI, *Esperienza applicative e riforme nella procedura di «riorganizzazione» del diritto fallimentare statunitense*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, I, p. 157, ivi a p.166.

⁵⁵ Periodo di esclusività nel quale solo il debitore poteva presentare il piano. Era di 120 giorni, scaduti i quali anche i creditori potevano presentare un piano. Disposizione questa che non fu mai recepita dal nostro legislatore proprio perché nel nostro ordinamento non è possibile che i creditori propongano un piano al posto del debitore.

⁵⁶ Cfr. Sez. 105, lett. d., U.S. Code.

⁵⁷ Cfr. Sez. 301-303, Titolo 11, U.S. Code. Come affermato all'inizio della nostra analisi del Chapter 11, la *reorganization* è inserita in un procedimento più ampio e ad essa

Partendo dal *voluntary case* abbiamo già illustrato (*supra*, paragrafo 3.1) quali soggetti possono considerarsi debitori ai fini della *reorganization*, ma senza soffermarci su un eventuale requisito oggettivo, quale l'insolvenza. Invero si rinviene anche nell'ordinamento nordamericano un concetto di insolvenza assimilabile al nostro, ma non è un requisito essenziale, o per lo meno non lo è nei *voluntary case* ⁵⁸. Infatti unico elemento necessario è qui l'istanza (*petition*) con cui il debitore richiede alla Corte di dare avvio alla procedura (*order for relief*). Siccome poi negli *voluntary case* non vi è alcuna necessità di un vero e proprio atto del giudice si può dire che la procedura abbia inizio proprio con l'istanza che in questo caso rappresenta essa stessa l'*order for relief* ⁵⁹.

Diversa è la situazione negli *involuntary case* ⁶⁰. Innanzitutto è previsto che, qualora i creditori siano più di dodici, almeno in tre presentino istanza; inoltre si deve trattare di crediti non condizionati, non oggetto di controversie e che superino di almeno diecimila dollari il valore dell'eventuale garanzia che li copre (quindi se sono chirografari basterà che il loro valore sia di diecimila dollari). Qualora invece i creditori siano meno di dodici anche uno solo potrà proporre istanza sempreché sia titolare di un credito superiore a diecimila dollari ⁶¹. In ogni caso prima che la Corte emetta l'*order for relief* è necessario garantire il diritto di difesa del debitore, il quale deve essere chiamato in causa. Notificatagli l'istanza dei creditori questi può opporsi

sono applicabili diverse norme del Titolo 11 (*bankruptcy*) situate al di fuori del Chapter 11 e applicabili anche ad altre procedure.

⁵⁸ Cfr. F. MARELLI, *Aspetti della liquidazione*, *op. cit.*, *ivi a* p. 821; *In re Johns – Melville Corp.*, 36 Bankruptcy 727 (Southern District of New York), 1984.

⁵⁹ Cfr. L. G. PICONE, *op. cit.*, p. 52; M.C. MCCOID II, *The Occasion for Involuntary Bankruptcy*, in 61 *American Bankr. Law Journal*, 1987, p. 195.

⁶⁰ Cfr. sez. 303, U.S. Code; cfr. i casi *In re T. P. Herndon & Co.*, 87 B.R. 204, Bnkr. M.D. Fla., 1988; *in re McMeekin*, 5 C.B.C. 2d 1424, Bnkr. D. Mass., 1982M; *in re Crabtree*, 32 B.R. 837, Bnkr. E.D. Tenn., 1983; *In re All Media Properties, Inc.*, 646 F.2d 193, 5th Cir., 1981.

⁶¹ Cfr. Sez. 303(b)(1), U.S. Code e sez. 303(b)(2), U.S. Code.

entro venti giorni ⁶² scaduti i quali il giudice emanerà l'*order for relief*, che è l'atto di apertura del procedimento. Diversamente, a seguito dell'opposizione del debitore, fisserà un'udienza per valutare la presenza di due requisiti (tra loro alternativi) in mancanza dei quali l'istanza sarà rigettata. Il primo requisito è lo stato di insolvenza di cui alla sezione 303(h)(1), U.S. Code, e il secondo (che ribadiamo essere alternativo al primo) è la nomina di un custode nei centoventi giorni anteriori alla presentazione dell'istanza di cui alla sezione 303 (h)(2), U.S. Code.

Riguardo al requisito dell'insolvenza il Code fa riferimento al debitore che "normalmente" (*generally*) non paga i suoi debiti una volta scaduti. Anche qui come nell'ordinamento italiano non basta un semplice inadempimento o ritardo nel pagamento perché si configuri lo stato di insolvenza; si deve trattare piuttosto di un inadempimento generalizzato i cui caratteri non possono essere definiti sulla carta, ma individuati di volta in volta dallo stesso giudice dinnanzi al caso concreto in virtù di quella discrezionalità che spesso volte il legislatore statunitense gli concede ⁶³. Dunque se sussiste almeno uno dei due requisiti suddetti la Corte emanerà l'*order for relief* che dà avvio al procedimento e dal quale scaturiscono importanti effetti.

5. Effetti dell'*order for relief*

Nel paragrafo precedente si è chiarito che l'*order for relief* è un vero e proprio atto emanato dalla Corte nel caso di *involuntary case* invece nel caso di istanza del debitore è essa stessa l'*order* che mette in moto in procedimento. Gli effetti di cui si è parlato – e che quindi verranno prodotti dall'istanza o dall'*order* vero e proprio – sono molteplici: possibilità per il debitore di con-

⁶² Cfr. Bankruptcy Rles n. 1011; Sez. 303(h), U.S. Code.

⁶³ Cfr. *In re Paradise Hotel Corp. v. Bank of Nova Scotia*, 842 F.2d 47, 3d Cir., 1988; *In re CLE Corp.*, 59 B.R. 579, Bnkr. N.D. Ga., 1986; *In re Cordova*, 9 C.B.C., 2d 653, B.Ct., D.N.M., 1983. Cfr. L. P. KING, *op. cit.* sez. 303.9.

tinuare a gestire l'impresa utilizzando anche poteri propri del *trustee* (come l'esercizio delle revocatorie); blocco delle azioni esecutive e cautelari dei creditori; possibilità di sciogliere contratti particolarmente gravosi per la riorganizzazione dell'impresa; pagare i fornitori essenziali per i crediti anteriori alla procedura; chiedere l'autorizzazione a contrarre nuova finanza. Si badi però che, a parte l'*automatic stay* e la gestione lasciata al debitore, gli altri istituti non operano automaticamente dall'istanza o dall'*order*, ma è necessaria un'autorizzazione della Corte, trattandosi di atti di straordinaria amministrazione.

5.1 Automatic Stay

Questo importante istituto, ripreso anche dal nostro legislatore, comporta il blocco delle azioni dei creditori (comprese quelle cautelari) a partire dall'istanza o dall'*order for relief*. Non è applicabile solo al Chapter 11, ma anche alla *liquidation* e ad altri procedimenti ⁶⁴. Palese è il vantaggio che ne deriva al debitore che non disperderà tempo ed energie per difendersi dai creditori. In particolare proprio nella *reorganization*, se è vero che lo si lascia nel possesso dei suoi beni affinché amministri l'impresa, sfruttando così quel bagaglio di competenze e relazioni economiche che permettono più agevolmente di uscire dalla crisi e rimanere sul mercato, il fatto che sia costretto a gestire gli attacchi al suo patrimonio da parte dei singoli creditori può compromettere la buona riuscita della procedura. Tutte le forze in termini di tempo e di denaro vanno dedicate al risanamento dell'impresa ⁶⁵. Ma è un vantaggio anche per i creditori stessi, i quali vogliono evitare che chi tra loro sia in possesso di un titolo esecutivo poizore prevalga sugli altri, sgretolan-

⁶⁴ Anche Chapter 9, 12 e 13; infatti è disciplinato dalla sez. 362 del Code, che è al di fuori del Chapter 11.

⁶⁵ Cfr. *Lincoln Alliance Bank & Trust Co. v. Dye*, 108 F.2d 38, 2d Cir., 1939; cfr. anche R.J. TROST, *Business Reorganization Under Chapter 11 of New Bankruptcy Code*, in *34 Business Law*, 1979, p. 1309-1318.

do e consumando quello che rimane di un patrimonio che, lungi dal soddisfare la massa dei creditori, cederebbe alla logica del più forte. Il soddisfacimento dei creditori (tutti) va gestito all'interno del piano, che deve essere approvato dagli stessi; anzi approvato dai soli creditori c.d. danneggiati (*impaired*) ⁶⁶. La portata dell'*automatic stay* ⁶⁷ coinvolge l'inizio o la prosecuzione di ogni azione intesa in senso ampio come: sospensione dei procedimenti di cognizione, esecuzione e cautelari già in essere prima dell'istanza, divieto di iniziare di nuove azioni in riferimento a crediti sorti anteriormente all'avvio della procedura, divieto di ottenere o far valere diritti di garanzia nei confronti dei beni del debitore, divieto di compensazione tra i debiti/crediti reciproci del debitore con i creditori ⁶⁸. Operano tuttavia alcune eccezioni ⁶⁹: il blocco non riguarda le azioni penali nei confronti del debitore, non riguarda controversie sul potere regolamentare della P.A., non riguarda nemmeno alcune azioni civili come l'accertamento di paternità e i giudizi sulla potestà genitoriale o sugli alimenti e soprattutto non riguarda le azioni che i creditori hanno contro i terzi garanti ⁷⁰.

Lo *stay* cessa automaticamente quando viene omologato ed eseguito il piano di *reorganization* visto che con l'esdebitazione (*discharge*) il debitore viene liberato da tutti i debiti. Ma cessa anche nel caso in cui il procedimento non vada a buon fine e i creditori ben potranno soddisfarsi su ciò che

⁶⁶ Salvo il caso del cram-down che vedremo *infra*.

⁶⁷ Cfr. Sez. 362(a), U.S. Code; cfr. anche *Cathey v. Johns-Manville Sales Corp.*, 711 F.2d 60, 6th Cir., 1983; *in re Demp.*, 23 B.R. 239, E.D. Pa., 1982; *in re Roach*, 660 F.2d 1316, 9th Cir., 1981; F. MARELLI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 826- 830; L. G. PICONE, *op. cit.*, ivi a p. 76-86.

⁶⁸ Tuttavia vi sono alcuni casi in cui è ammessa tale compensazione: si veda sez. 553, U.S. Code.

⁶⁹ Cfr. Sez. 362(b), U.S. Code.

⁷⁰ Anche se in alcuni casi si possono sospendere anch'esse; Cfr. *In re GSV Restaurant Corp.*, 10 Bankr. 300, South. Distr. of N.Y., 1980; *in re Murrell, Inc.*, 118 Bankr. 400, Distr. of South Carolina, 1989; *in re Otero Mills, Inc.*, 21 Bankr. Reporter 777, Distr. of New Mexico, 1982.

rimane del patrimonio debitorio con le singole esecuzioni ordinarie ⁷¹. Nell'ordinamento statunitense esiste poi un'ulteriore possibilità di “sbloccare” lo *stay*. Si chiama *relief from the stay* ed è concesso dalla Corte alla presenza di alcuni requisiti dietro una richiesta di parte; verrà fissata un'apposita udienza per decidere se vi sono i requisiti e l'opportunità di tale sgravio, sempreché la parte contraria al *relief* ne faccia espressa richiesta ⁷². Altrimenti, se nessuno si oppone, il giudice può assegnare il *relief* senza fissare alcuna udienza. In alcune ipotesi ⁷³ non è necessario nemmeno notificare la richiesta di *relief* agli interessati. Questo accade quando dallo *stay* possa derivare un danno irreparabile al creditore, talché la comunicazione alle parti e l'attesa di un'eventuale opposizione possano rendere inutile il *relief* stesso. Certo però che una volta concesso, tale sblocco dell'azione dannosa va comunicato immediatamente alle parti e (se lo richiedono) va fissata un'udienza per discutere sull'opportunità di questo. La Corte può emettere una pronuncia di cessazione dello *stay* ovvero di annullamento dello stesso; nel primo caso il blocco cesserà *ex nunc*, mentre nel secondo *ex tunc*, conferendo nuovamente efficacia alle azioni già cominciate con effetto retroattivo ⁷⁴.

Il creditore può ottenere lo sblocco delle azioni esecutive e cautelari sostanzialmente in due ipotesi: la Sez. 362(d), n.1-2 del Code fa riferimento ad una giusta causa (*for cause*), identificandola sostanzialmente con la mancanza di adeguata protezione del diritto di garanzia (*lack of adequate protection*) e, alternativamente, quando il valore di un bene sia interamente destinato a

⁷¹ Vi è anche un altro caso di cessazione automatica dello *stay*: quando un bene del patrimonio del debitore viene alienato, l'azione su quel bene torna ad essere esercitabile; vedi ad es. *in the matter of Green*, 5 C.B.C. 2d 773, Bnkr., S.D. Ohio, 1981.

⁷² Cfr. Sez. 102(1)(B)(i), U.S. Code; possono essere interessati ad opporsi al *relief* tanto il debitore, quanto un altro creditore che sia titolare di diritti sul bene oggetto di azione.

⁷³ Di cui alla sez. 362(f), U.S. Code.

⁷⁴ Cfr. Sez. 362(d), U.S. Code.

garanzia dei creditori e il bene non sia necessario per un'efficace riorganizzazione dell'impresa.

Sub n.1, il legislatore delinea un concetto generico di giusta causa, riempiendolo però di significato quando lo accosta ad un *lack of adequate protection*, quindi ad una mancanza di adeguata protezione rispetto al diritto di garanzia. Oggetto della disposizione è proprio il diritto di garanzia (*collateral*) che rischia di svalutarsi e non il diritto di credito che lo sottende ⁷⁵. Infatti il problema cui si fa riferimento è la non remota possibilità che, nelle lungaggini della procedura di *reorganization*, – la quale soprattutto nella prima formulazione ante '94 poteva durare anche venti mesi – il bene su cui insiste la garanzia del credito si svaluti. Le vie per assicurare una adeguata protezione da tale svalutazione ed evitare lo sblocco delle azioni creditorie sono: il pagamento periodico di somme di denaro pari alla diminuzione del valore della garanzia; la concessione di garanzia sostitutiva o aggiuntiva; conferire al creditore garantito l' "indubitabile equivalente del proprio credito" ⁷⁶. Quindi o si protegge il creditore in uno dei modi suddetti o gli si concede lo sgravio dallo *stay*.

Sub n.2, se un bene è integralmente vincolato a garanzia dei creditori e il debitore non ha diritti residui da far valere su quel bene il debitore può continuare ad utilizzarlo solo se dimostra che è necessario per un'efficace riorganizzazione dell'impresa. Nell'interpretare questa disposizione vi era il dubbio se bastasse dimostrare la necessità del bene ai fini della continuazione dell'impresa o bisognasse anche dimostrare l'effettiva probabilità di tale

⁷⁵ Cfr. *United Savings Ass'n of Texas v. Timbers of Inwood Forest Ass., Ltd.*, 484 U.S. 365, 108 S.Ct 626, 98 L.Ed. 2d 740, 17 C.B.C.2d 1368, 1988; *in re O'Connor*, 808 F.2d 1393, 10th Cir., 1987; *in re Martin*, 761 F.2d 472, 8th Cir., 1985; *Grundy Nat'l Bank v. Tandem Mining Corp.*, 754 F.2d 426, 9th Cir., 1985.

⁷⁶ Cfr. *In re American Mariner Industries, Inc.*, 734 F.2d 426, 9th Cir., 1984; *in re Alycan Interstate Corp.*, 12 Bankruptcy Reporter 803, Distr. of Utah, 1981. Per una visione più precisa dell'istituto si veda F. MARELLI, *op. ult. cit.*, *ivi* a p. 827-830.

riorganizzazione; la Corte Suprema si è espressa in favore di questa seconda ipotesi ⁷⁷.

Volendo azzardare un raffronto con il concordato preventivo italiano anche la nostra legge fallimentare disciplina tale *automatic stay*, (come vedremo ampiamente *infra* al capitolo III); oggi, dopo la legge n. 134/2012 che ha convertito il D.L. n. 83/2012 (cd. decreto sviluppo), il blocco può cominciare anche dalla presentazione della domanda di pre-concordato non accompagnata dal piano ⁷⁸. Nel nostro ordinamento non si rinviene invece nulla di simile al *relief from the stay*. Tuttavia l'art. 160 comma 2, l. fall. ha recepito quella concezione statunitense di adeguata protezione dei creditori garantiti, assicurando una sorta di *best interest of creditors test*, allorché statuisce: «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...». Quindi è previsto che il valore di mercato dei beni su cui insiste la garanzia sia attestato da un professionista in possesso di requisiti specifici di indipendenza e che i creditori garantiti debbano essere soddisfatti per tale valore, altrimenti, se soddisfatti in maniera non integrale, non possono comunque ricevere meno di quanto gli spetterebbe con la liquidazione e acquistano diritto di voto sul piano per la parte di credito non soddisfatta (art. 177 comma 3, l. fall.). Oltre la figura del professionista attestatore, sconosciuta all'ordinamento statunitense, nella legge fallimentare italiana è previsto anche l'obbligo di nominare un commissario giudiziale ⁷⁹, il quale ha gli stessi requisiti d'indipendenza e compe-

⁷⁷ Cfr. Suprema Corte caso *United Savings Ass'n of Texas v. Timbers of Inwood Forest Ass. cit.*

⁷⁸ Cfr. art. 161 l. fall. come modificato dalla l. 134/2012.

⁷⁹ Cfr. art. 163 comma 2 n.3, l. fall.

tenza del curatore ⁸⁰ e redige l'inventario del patrimonio del debitore, seguito da una relazione particolareggiata che riguarda anche le garanzie offerte ai creditori (art. 172 l. fall.); nel Chapter 11 invece la nomina di un *trustee* o di un *examiner* è meramente eventuale. In pratica, anche il nostro ordinamento ha degli strumenti, seppur diversi, che mirano a tutelare i creditori garantiti dal blocco delle azioni onde ad evitare che, con il passare del tempo, le garanzie perdano valore.

5.2 Debtor in possession

Abbiamo già ampiamente illustrato la *ratio* per la quale il debitore rimane nella gestione della propria impresa e delineato i poteri che ne conseguono (si veda par. 3.1). Rimane in questa sede da definirne il perimetro. Bisogna anzitutto distinguere tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione; in linea di massima il debitore può muoversi liberamente nell'ambito dei primi.

Riguardo gli atti di straordinaria amministrazione ⁸¹ invece è previsto che i creditori siano di volta in volta avvisati e sentiti in udienza (*after notice and hearing*). Ma a differenza del nostro ordinamento non è previsto che la Corte rilasci una vera e propria autorizzazione a meno che non vi sia opposizione avverso tale atto da parte dei creditori. Tuttavia nel caso di particolare urgenza è possibile che sia la Corte stessa ad autorizzare immediatamente l'atto senza sentire i creditori ⁸².

Altra limitazione ai poteri del debitore riguarda il c.d. *cash collateral*. Si tratta di denaro contante, titoli di credito, conti correnti e frutti derivanti da beni vincolati dai creditori ⁸³. Tale *cash collateral* deve essere tenuto separato dal resto del patrimonio e il debitore, pur avendone la disponibilità, deve es-

⁸⁰ Cfr. art. 28 l. fall.

⁸¹ Cfr. Sez. 363, U.S. Code.

⁸² Cfr. Sez. 102(1)(b), U.S. Code.

⁸³ Cfr. Sez. 363(c)(2), U.S. Code.

sere autorizzato dalla Corte – sempre sentiti i creditori – prima di poterlo utilizzare ⁸⁴.

Alla gestione dell'impresa ai fini della *reorganization* sono legati anche i due istituti di cui diremo subito *infra*: il pagamento ai fornitori essenziali dei debiti sorti precedentemente alla procedura e l'autorizzazione a contrarre nuovi finanziamenti. Peraltro nel presente lavoro di analisi del Chapter 11 sono collocati nei paragrafi (5.3 e 5.4) che fanno riferimento agli effetti dell'*order for relief*, ma è bene precisare che non ne sono una automatica conseguenza e necessitano invece di un'apposita autorizzazione rilasciata dalla Corte.

5.3 Pagamento dei debiti anteriori alla procedura nei confronti dei fornitori essenziali

Si tratta di un istituto particolarmente interessante anche perché è stato recepito dal legislatore italiano con la nuovissima riforma del 2012, per cui gli operatori del diritto concorsuale del nostro Paese si pongono non pochi dubbi sull'interpretazione e sull'applicazione al caso concreto dell'art. 182 quinquies comma 4, legge fall.; dubbi che tenteremo di esporre *infra* nel capitolo IV, accontentandoci per il momento di capire da dove ha preso spunto il D.L. "Sviluppo".

Intanto è doveroso premettere che, pur avendo origini statunitensi, tale prassi non è espressamente disciplinata da una norma del Bankruptcy Code, ma la si può ricondurre ⁸⁵ al generico potere attribuito alla Corte di «emettere anche d'ufficio disposizioni, ordinanze, sentenze necessarie o appropriate per dare piena attuazione alle norme del Code» ⁸⁶. Il fatto che si

⁸⁴ Cfr. Sez. 363(c)(4), U.S. Code; cfr. *In re Plaza Family Partnership*, 95 Bankruptcy 166, Eastern Distr. of California, 1989; *in re Flagstaff*, 739 F.2d 73, 2nd Cir., 1984.

⁸⁵ Così ad es. F. MARELLI, *op. ult. cit.* ivi a p.832-834.

⁸⁶ Cfr. Sez. 105, U.S. Code.

consenta il pagamento di crediti anteriori alla procedura è discutibile; un conto sono quei crediti che sorgono in funzione, durante o in esecuzione della *reorganization* i quali sono considerati prededucibili ⁸⁷ e quindi la loro soddisfazione precederà temporalmente quella degli altri crediti chirografari, proprio perché caratterizzati da uno stretto legame con la procedura stessa ⁸⁸, altra cosa è pagare alcuni soggetti per i crediti sorti anteriormente alla *reorganization* e che con questa non hanno nulla a che vedere. Infatti tali crediti riguardano obbligazioni inadempite precedentemente alla procedura, cosa che accomuna i loro titolari a qualunque altro creditore chirografario. Questo è vero tanto più se pensiamo che nel diritto statunitense il “pagamento dei debiti anteriori alla procedura” è inteso non solo come pagamento anticipato rispetto agli altri chirografari, ma anche pagamento integrale ⁸⁹.

D’altro canto bisogna considerare che non sono creditori qualunque, ma dipendenti e fornitori di prodotti, materie prime o servizi essenziali all’impresa per la continuazione dell’attività; quindi, almeno dal punto di vista economico, la loro posizione è cruciale forse anche al punto di meritare di essere preferiti agli altri creditori che su un piano strettamente giuridico sono uguali a loro ⁹⁰. Quindi fin dalla sua nascita questo peculiare istituto trova giustificazione nella c.d. *doctrine of necessity* ⁹¹ elaborata dalla giurisprudenza già durante la vigenza del *Bankruptcy Act* del 1898 per cui il pagamento era ammesso in tanto in quanto strettamente necessario per preservare l’integrità dell’impresa.

⁸⁷ Cfr. Sez. 507, U.S. Code e si veda *infra*

⁸⁸ Infatti alcuni di essi riguardano proprio le spese di procedura, altri i compensi degli organi processuali coinvolti come il *trustee* o l'*examiner*, altri ancora le spese per l’amministrazione del patrimonio.

⁸⁹ Cfr. *In re Ike Kemper & Bros.*, 4 Bankruptcy 31, Eastern Distr. of Arkansas, 1980.

⁹⁰ Sulle considerazioni se è giusto tale primato dell’economia sul diritto si veda *infra*.

⁹¹ Cfr. *Miltenberg v. Logansport, C. & S.N. Railway Co.*, 106 U.S. 286; *in re Ionsphere Clubs, Inc.*, 98 Bankr. 174, Southern Distr. of New York, 1989; *in re Structurlite Plastics Corp.*, 86 Bankr. 922, Southern Distr. of Ohio, 1988; *in re Chateaugay Corp.*, 80 Bankr. 279, Southern Dist. Of New York, 1987.

Tuttavia nell'ordinamento statunitense non è prevista la figura dell'attestatore (richiamata dal nostro 182 quinquies l. fall.) e la richiesta di tale anticipazione è spesso spinta dagli stessi dipendenti o fornitori c.d. essenziali i quali altrimenti si potrebbero rifiutare di mantenere i rapporti con il debitore; questo modo di fare è dannoso per la *reorganization*, perché se proprio loro che sono fondamentali per la rimessa in moto dell'impresa si tirano indietro l'obiettivo del Chapter 11 rimane un'utopia. A tale prassi la giurisprudenza dell'epoca ha talvolta risposto ordinando ai fornitori di eseguire comunque le forniture, identificando l'atteggiamento di questi come una sorta di violazione dell'*automatic stay*; si noti come la sez. 362(a)(6), U.S. Code contenga una clausola finale che vieta «ogni atto diretto all'incasso, determinazione o recupero del credito nei confronti del debitore», che viene interpretata in senso estensivo per ricomprendere qualsiasi richiesta anche informale di pagamento ⁹². Pertanto se lo *stay* mira ad evitare che alcuni creditori si avvantaggino a danno di altri e costringano il debitore a perdere tempo e denaro utili alla *reorganization*, rientra in una violazione dello stesso l'atto con cui un creditore fa leva sulla sua forza economica per essere preferito agli altri e pagato prima ed integralmente, pur non avendo alcuna prelazione legale. Vedremo *infra* se sia possibile adottare un simile ragionamento nell'ordinamento italiano.

5.4 Autorizzazione a contrarre nuovi finanziamenti

Si può disquisire a lungo sull'opportunità di pagare i debiti anteriori alla procedura per assicurare il mantenimento delle relazioni con dipendenti e fornitori essenziali ma non è revocabile in dubbio la necessità di procurarsi “nuova finanza” per pagare agli stessi le prestazioni successive all'inizio della procedura, che sono imprescindibili per uscire dalla crisi. Vista la difficile

⁹² Cfr. caso in nota n.87.

situazione in cui si trova il debitore è arduo pensare che i suoi contraenti continuino imperterriti a fornirgli beni e servizi senza che sia loro proposto il pagamento delle future prestazioni nei termini concordati. Per un altro verso le banche che sono nella posizione di concedere tali finanziamenti devono essere invogliate a farlo; sicché nei loro confronti è prevista una serie di vantaggi, come il pagamento in prededuzione del credito derivante da tali finanziamenti e finanche la concessione di garanzie sui beni del debitore. Così le banche che già avevano rapporti col debitore hanno interesse ad estendere ulteriormente il credito, in modo da ottenere un soddisfacimento maggiore a seguito della *reorganization*, evitando la falcidia fallimentare; dal canto loro le banche che non avevano rapporti con il medesimo, comunque tutelate dalla prededuzione ed eventualmente dalla concessione di garanzie, hanno interesse ad attirare un nuovo cliente ⁹³.

Prededuzione (*priority*) significa che saranno preferite rispetto agli altri chirografari e «devono essere integralmente soddisfatte in denaro contante in esecuzione del piano ovvero in caso di successiva liquidazione» ⁹⁴, proprio perché il legislatore ne ha considerato l'estrema importanza ai fini della *reorganization*. Se la banca si accontenta di questo vantaggio e non pretende garanzie reali o personali il debitore può ottenere il finanziamento senza autorizzazione, purché rientri tra gli atti di ordinaria amministrazione; invece se è richiesta la prestazione di garanzie ovvero se il finanziamento non rientra nell'ordinaria amministrazione è necessaria tale autorizzazione ⁹⁵. Tuttavia ai sensi della sez. 364 lett. c le banche possono chiedere una *su-*

⁹³ Cfr. HENOCH, *Postpetition Financing: Is there life after debt?*, *Bankr. Journal*, 8, 1991, p. 575.

⁹⁴ Cfr. F. MARELLI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 835; cfr. anche sez. 507, U.S. Code; vedremo *infra*, paragrafo 6.2, che il Code fa un'ulteriore distinzione per gradi tra i crediti prededucibili.

⁹⁵ Cfr. Sez. 364(a)(b), U.S. Code; Ben diversa è la disciplina italiana che, come vedremo, distingue tra finanziamenti “in esecuzione”, “in funzione” e “in corso” di procedura. I primi, concessi in fase di omologazione risultano già dal piano e sono approvati sia dai creditori (con la votazione), sia dal tribunale (con l'omologazione). I secondi, devono essere indicati nel piano e nel provvedimento di omologa. Quelli “in corso” di procedura

perpriority ed essere quindi preferite anche alle altre *priority* di primo grado (che normalmente sono le spese di procedura di cui alla sez. 507 del Code) e di essere tutelate con diritti di garanzia subordinati a quelli già esistenti sui beni del debitore ovvero su beni ancora liberi da garanzia. Per tali ulteriori vantaggi la Corte, sentite le parti interessate, dovrà rilasciare un'apposita autorizzazione a patto che il debitore dimostri di non essere stato in grado di ottenere credito se non a siffatte condizioni ⁹⁶.

Ma c'è dell'altro: la sez. 364 lett. d, disciplina la concessione anche di garanzie di grado uguale o preordinato su beni già gravati da diritti di garanzia altrui; in questo caso oltre l'audizione delle parti e la dimostrazione dell'impossibilità di ricevere finanza, se non a tali condizioni, bisogna verificare l'adeguata protezione dei creditori il cui diritto di garanzia ne risulterebbe subordinato. Pertanto qualora vi sia una mancanza di *adequate protection* ⁹⁷ costoro potranno ripristinare la loro tutela tramite i benefici di cui alla sez. 361 del Code (come visto *supra*, paragrafo 5.1.) ovvero richiedere l'annullamento del diritto di garanzia che li pregiudica. Il fatto che le banche cerchino di sfruttare queste disposizioni per essere coperte il più possibile certo non ci sorprende; è interessante però notare come tante Corti, almeno nei primi anni di vigenza del Code, sono state spesso molto benevole nell'autorizzare questi finanziamenti, a volte anche trascurando la tutela dei creditori più deboli. Il motivo era principalmente la necessità e l'urgenza di disporre di denaro in tempi rapidi, evitando che eccessivi formalismi portassero al tracollo definitivo dell'impresa. Ecco di nuovo il tema del primato dell'economia sul diritto (che affronteremo ampiamente *infra*). Tuttavia alcune clausole erano ritenute inaccettabili: la rinuncia imposta al debitore di

invece necessitano di un'attestazione del professionista (che è in possesso dei requisiti di cui all' art. 67 comma 3 lett. d l. fall.) riguardante la funzionalità dei finanziamenti in questione alla miglior soddisfazione dei creditori. Si veda 182 quinquies comma 1 l. fall. italiana.

⁹⁶ Cfr. *In re Ski Valley Inc.*, 100 Bankr. 107, Northern Distr. of Georgia, 1988; *in re Snowshoe Co.*, 798 F.2d 1085, 4th Circ., 1986.

⁹⁷ Di cui *supra*, paragrafo 5.1 (in tema di relief dell'automatic stay).

ogni azione ed eccezione nei confronti della banca per rapporti pregressi; il diritto di veto che la banca si riserva sul piano di riorganizzazione; l'inserimento di una condizione risolutiva nel caso di nomina di un *trustee* o di un *examiner* nel corso della procedura ⁹⁸.

Altra cosa sono poi le *cross-collateralization clauses*. Si tratta di una prassi piuttosto discutibile per cui in tali finanziamenti vengono inserite delle clausole che estendono le priorità e i diritti di garanzia suddetti anche ai crediti della banca anteriori alla procedura. Anche qui le Corti statunitensi si sono dimostrate abbastanza benevole nell'autorizzarle, confidando nella legittimità delle clausole e nella buona fede delle banche nell'apportarle avuto riguardo alla situazione di crisi, al rischio che queste corrono nel fare ulteriormente credito a soggetti con poca liquidità e tanti debiti e infine nella speranza di salvare l'impresa nell'interesse dei creditori tutti, oltretutto del debitore, dei lavoratori e di coloro che con essa intrattengono relazioni economiche ⁹⁹.

6. Il piano di riorganizzazione

Dopo aver trattato gli effetti che seguono l'*order for relief* e alcuni istituti che favoriscono la continuazione dell'impresa non resta che analizzare il cuore della procedura di *reorganization*: il *plan* ¹⁰⁰. Il Chapter 11, che si pone come alternativa alla mera *liquidation*, è incentrato sulla collaborazione delle parti

⁹⁸ Cfr. *In re Ames Department Stores Inc.*, 115 Bankr. 34, Southern Distr. of New York, 1990; *in re Tenny Village Co.*, 104 Bankr. 562, Distr. of New Hampshire, 1989; *in re FCX Inc.*, 54 Bankr. 833, Eastern Distr. of North Carolina, 1985; *in re Roblin Industries Inc.*, 52 Bankr. 241, Western Distr. of New York, 1985.

⁹⁹ Cfr. per tutti C.J. TABB, *A critical reappraisal of cross-collateralization in Bankruptcy*, in *South California University Law Review*, 1986, p.60, *ivi a* p. 109; *contra* si veda: *Kham & Nate's shoes n.2, Inc. v. First Bank of Whiting*, 908 F.2d 1351, 7th Circ.,1990; *in re Monarch Circuit Industries Inc.*, 41 Bankr. 859, Eastern Distr. of Pennsylvania, 1984.

¹⁰⁰ Cfr. L.U. DAVIS JR., M.B. MCCULLOUGH, E.P. McNULTY, R.W. SCHULER, *Corporate reorganization in the 1990s*, in 47 *Business Lawyer*, 1991, p. 21; J.R. TROST, *Business reorganization under Chapter 11 of new Bankruptcy Code*, in 34 *Business Lawyer*, 1978-79, p. 1310.

in causa (in particolare debitore e creditori) al fine di raggiungere un accordo volto da una parte al salvataggio dell'impresa in crisi mantenendola sul mercato e conservandone il valore di avviamento, dall'altra al soddisfacimento dei creditori evitando la falcidia del Chapter 7. Tale accordo è frutto di una lunga negoziazione basata su un piano che deve essere approvato dai creditori, mediante un meccanismo di voto in classi che prescinde dalla volontà dei singoli creditori, e infine omologato dalla Corte che verificherà la presenza di alcuni requisiti.

6.1 Contenuto

Si tenga presente che i commentatori del Chapter 11 non distinguono tra piano, proposta e domanda e che il piano può essere presentato sia contestualmente all'istanza di avvio del procedimento sia in un momento successivo ¹⁰¹. Quindi il debitore può proporre istanza, godere dell'*automatic stay*, rimanere nella gestione dell'impresa e finanche chiedere nuovi finanziamenti e/o sciogliere contratti gravosi per l'impresa, senza aver stilato un piano.

Sembrano previsioni molto simili a quelle del concordato preventivo italiano *post* riforma del 2012, anzi anche più curiose, non essendo qui previsto né l'attestazione di un professionista, né la presentazione almeno delle linee guida del piano ¹⁰². Non si deve tuttavia dimenticare che, mentre il nostro 161 comma 6 l. fall. prevede la presentazione di una domanda molto

¹⁰¹ Cfr. Autori in nota n.98, ma si veda anche L.G. PICONE, *op. cit.*; F. MARELLI, *La procedura di «riorganizzazione»*, *op. cit.*; R.I. AARON, *The Bankruptcy Reform Act of 1978: The fullemployment-for-lawyers Bill*, in 1 *Utah L. Rev.*, 1979; A. CASTAGNOLA, *op. cit.*; L. P. KING, *op. cit.* Cfr. *In re Werth*, 8 C.B.C.2d 480, D. Colo., 1983; *in re Nat. Safe Center Inc.*, 20 B.R. 886, Bnkr. Ohio, 1982; *in re Bermee Corp.*, 445 F.2d 367, C.A.N.Y., 1971.

¹⁰² Invece, come vedremo *infra*, capitolo III, nel concordato con riserva previsto dal nostro art. 161 comma 6, l. fall., la prassi del Tribunale di Milano è orientata nel senso di concedere finanziamenti prededucibili, scioglimento o sospensione dei contratti in corso, pagamento dei crediti anteriori di cui al 182 quinquies, solo dietro un'attestazione di un professionista (dotato dei requisiti di indipendenza che diremo) e la presentazione del piano definitivo.

scarna, tanto che la si chiama anche “domanda in bianco”,¹⁰³ da cui partono il blocco delle azioni esecutive e cautelari ed altri importanti effetti, nell’ordinamento statunitense il procedimento e i relativi effetti hanno inizio con l’istanza di cui alle sez. 301-303 U.S. Code¹⁰⁴, la quale deve essere accompagnata da altri documenti indicati nelle *Bankruptcy Rules*. In particolare la B.R. 1007 fa riferimento a: 1) lista delle attività e passività; 2) lista delle attuali entrate e spese; 3) lista dei contratti in corso e delle locazioni non scadute; 4) bilancio dell’impresa. Inoltre si richiede anche un’elencazione dei creditori titolari dei venti maggiori crediti e l’indicazione di quale procedura si vuole iniziare¹⁰⁵. Detto questo l’istanza di Chapter 11 è molto più vicina alla nostra domanda di concordato preventivo ex 161 comma 2 l. fall. che alla domanda con riserva di cui al comma 6. Semmai la possibilità di una “domanda in bianco” nell’ordinamento nordamericano la si può ricavare dall’inciso «salvo che la corte stabilisca diversamente» (*unless the court orders otherwise*) che si trova proprio nel 1007(b) delle B.R. e che sembra lasciare spazio alla possibilità di presentare in un momento successivo tali documenti.

Nella compilazione del piano è lasciata la massima libertà sicché – a parte i requisiti di cui ci occuperemo a breve¹⁰⁶ – è solamente previsto che: “il piano deve prevedere i mezzi adeguati per l’esecuzione del piano stesso”¹⁰⁷; disposizione che tenendo conto della distinzione tra piano e proposta operata dalla dottrina italiana si può leggere anche: “il piano deve prevedere

¹⁰³ L’art. 161 comma 6 l. fall., richiede solamente la presentazione dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi.

¹⁰⁴ *Rectius*: con l’istanza nel *voluntary case*, invece con l’*order for relief* nell’*involuntary*, cfr. *infra*, paragrafo 4.

¹⁰⁵ Le *Bankruptcy Rules* sono norme processuali. Qui si fa riferimento in particolare alle B.R. 1002, 1003, 1005 e 1007, 1007(b), che disciplinano i requisiti formali, ed i documenti necessari per l’istanza di inizio procedura.

¹⁰⁶ Cfr. Sez. 1121, U.S. Code, per i requisiti soggettivi e sez. 1122, 1123 U.S. Code, per i requisiti oggettivi.

¹⁰⁷ Cfr. Sez. 1123(a)(5), U.S. Code: «a plan shall provide adequate means for the plan’s implementation, such as...».

i mezzi adeguati per realizzare la proposta”. Le soluzioni prospettabili sono le più varie: il mantenimento di tutto o parte del patrimonio in capo al debitore; il trasferimento dello stesso ad uno o più soggetti; l’incorporazione o la fusione con altri soggetti; la vendita di tutto o parte del patrimonio (con o senza garanzie) o la distribuzione dello stesso tra coloro che vantano diritti su di esso; la soddisfazione o la modificazione di ogni garanzia; l’emissione di nuove azioni. Tuttavia l’elencazione di questa sez. 1123(A), del Code è introdotta dal termine “come” (*such as*); ciò significa che a queste possibilità, da intendersi come meramente esemplificative, possono aggiungersene altre.

6.2 Requisiti soggettivi e oggettivi

Riguardo i soggetti che possono predisporre il piano, secondo la sez. 1121 del Code, il debitore può presentare il piano «in ogni tempo» (*at any time*) nel corso della procedura; non si rinviene quindi alcun termine di presentazione a pena di inammissibilità ¹⁰⁸. Invece è previsto un termine di 120 giorni dall’inizio della procedura, ma è un periodo di esclusiva (*exclusivity period*) durante il quale solo il debitore può presentare il *plan*. Scaduto tale termine (se il debitore è rimasto inerte) hanno la possibilità di presentarlo anche i creditori e più in generale ogni “parte interessata” (*party in interest*) ¹⁰⁹; inoltre lo stesso risultato si ha nel caso in cui il piano non viene accettato dai creditori entro 180 giorni dall’inizio della procedura o se viene nominato un *trustee*. Siffatta previsione che consente anche a soggetti diversi dal debitore un ruolo attivo nella vicenda non si rinviene nel nostro ordinamen-

¹⁰⁸ Invece nel concordato preventivo italiano è previsto un termine di 60-120 giorni, scaduti i quali, la domanda sarà considerata inammissibile.

¹⁰⁹ Si considerano *party in interest*: trustee, comitato dei creditori, comitato degli azionisti, ogni singolo creditore o azionista. Cfr. *Notes of Committee on the Judiciary*, Senate Report. N. 95-989, in U.S. Code Annotated, *cit.*, *ivi* a p. 504.

to ¹¹⁰. Il termine di esclusività può essere ridotto per giusta causa, la quale ricorre ad esempio qualora si riesca a dimostrare le intenzioni dilatorie del debitore, che potrebbe temporeggiare e godere intanto dell'*automatic stay* ¹¹¹. In alcuni casi invece il termine viene esteso ¹¹². Per le piccole imprese (*small Business case*) il termine di esclusività è di 180 giorni e il piano deve essere presentato con la relazione informativa non oltre 300 giorni dall'*order for relief* ¹¹³.

Sul versante dei requisiti oggettivi per la compilazione del piano il legislatore ha lasciato ampia libertà alle parti limitandosi a prevedere che i creditori debbano essere divisi in classi contenenti crediti “sostanzialmente simili” (*substantially similar*) ¹¹⁴. La sez. 1122(a) usa il termine «may», che tradotto significa «può», lasciando intendere che la divisione in classi non sia un obbligo, ma semmai una facoltà ¹¹⁵. In ogni caso resta da definire cosa voglia dire “sostanzialmente simili” dato che il Code non lo esplicita; prima però è necessario distinguere tra le varie tipologie di crediti.

¹¹⁰ Si veda ad es. P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi a confronto*, in *Il Fall.*, II, 2011, p.129, *ivi* a p.139, dove l'Autore auspica tale soluzione anche in Italia. Lo scritto è precedente alla riforma del 2012, la quale non ha comunque posto modifiche riguardo tale punto.

¹¹¹ Cfr. K.A. ROSEN, A.R. RODRIGUEZ, *op. cit.*, *ivi* a p.357; L. G. PICONE, *op. cit.*, *ivi* a p. 94.

¹¹² Secondo la prassi della giurisprudenza quando: il debitore è sufficientemente impegnato a temperare gli interessi dei creditori; offra di pagare i debiti e tutte le spese in un tempo relativamente breve; abbia bisogno di ulteriore tempo per concludere le negoziazioni di un piano che verrà probabilmente approvato. Si veda: *in re* Tony Downs Food Co., 34 B.R. 405, Bnkr., Minn., 1983; *in re* Ravenna Industries Inc., 20 B.R. 886, Bnkr. Ohio, 1982; Teachers Insurance & Annuity Ass. of Am. V. Lake in the Wood, 10 B.R. 338, Mich., 1981.

¹¹³ Cfr. Sez. 1121(e), U.S. Code.

¹¹⁴ Cfr. Sez. 1122(a), U.S. Code.

¹¹⁵ Così, *in re* Planes, 48 B.R. 698, Bnkr. Ga.,1985; Barnes v. Wehlan, 689 F.2d 193, 223 U.S. App. D.C. 10, 1982; e, per il concordato preventivo italiano si veda M. FABIANI, *op. cit.*, *ivi* a p. 625 che invece sostiene l'obbligatorietà di formare le classi almeno «tutte le volte in cui vi siano posizioni non omogenee tra i creditori» *contra* Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274 e la maggior parte degli Autori che sostengono l'assoluta libertà di decidere se formare o meno le classi; lo stesso 160 l. fall. recita: «la proposta può prevedere».

I crediti garantiti (*secured claims*)¹¹⁶ sono tutelati da garanzia derivante da contratto, da una sentenza ovvero dalla legge. Essi vengono soddisfatti integralmente nella misura della garanzia; se il credito è di maggior valore rispetto alla garanzia, per la parte non coperta sono considerati chirografari¹¹⁷.

I crediti chirografari (*unsecured claims*) non sono protetti da alcuna garanzia o privilegio; vengono quindi pagati per ultimi e spesso solo parzialmente.

I crediti con priorità (*priority claims*) sono sempre *unsecured*, ma la loro soddisfazione deve precedere quella degli altri chirografari¹¹⁸. Sono divisi a loro volta in otto livelli tra i quali vi sono spese per la procedura, i crediti da lavoro dipendente, i crediti previdenziali.

Ci sono poi i *superpriority*, come ad esempio il credito derivante dal rilascio di nuova finanza di cui *supra*, paragrafo 5.4, che sono pagati prima di tutti gli altri crediti con priorità.

Per ultimi verranno pagati i crediti postergati (*subordinated claims*) e i crediti degli azionisti (*equity*)¹¹⁹.

Il compilatore del piano prima, e la Corte in sede di verifica poi, devono valutare caso per caso la natura del credito avuto riguardo alle cause di prelazione nonché ad eventuali prededuzioni o postergazioni¹²⁰. In linea di massima i crediti dello stesso tipo e livello devono essere inseriti nella stessa classe alla quale verrà assegnato un trattamento omogeneo, salvo che il titolare di un particolare credito sia d'accordo a ricevere un trattamento meno

¹¹⁶ Cfr. Sez. 506(a), U.S. Code;

¹¹⁷ I concetti corrispondono al 2741 c.c. e al 177 comma 3 l. fall. italiana.

Cfr. R.F. BROUDE, *Cramdown and Chapter 11 of the Bankruptcy Code: The Settlement Imperative*, in *39 Business Lawyer*, 1984, p. 441, ivi a p. 445 ss.; Per una più precisa illustrazione dei crediti garantiti si rimanda a L.G. PICONE, *op. cit.*, ivi a p. 64-65 e a p. 103-105.

¹¹⁸ Cfr. Sez. 507, U.S. Code.

¹¹⁹ Cfr. P. MANGANELLI, *op. cit.*, ivi a p. 135.

¹²⁰ Cfr. *In re Greystone III Joint Venture*, 102 B.R. 560, Bnkr. W.D. Tex, 1989; *in re Commercial Western Finance Corp.*, 761 F.2d 1329, C.A. 9, Cal., 1985; *in re S. & W. Enterprise*, 37 B.R. 153, Bnkr. Ill., 1984.

favorevole rispetto agli altri creditori di quella classe ¹²¹. Per lungo tempo (almeno fino a metà degli anni '90) la giurisprudenza ha ammesso che crediti "sostanzialmente simili" potessero essere posti in classi diverse e che venisse assegnato loro un diverso trattamento, rilevando così solo l'obbligo di creare classi al cui interno vi fossero crediti tra loro omogenei e non l'obbligo di porre crediti sostanzialmente simili in un'unica classe ¹²². Quest'ulteriore obbligo, affermatosi nella giurisprudenza di diverse Corti ¹²³, è stato recepito dalla *National Bankruptcy Review Commission*, che nel *final report* del 1997 ¹²⁴ ha prospettato che la classificazione di gruppi di crediti omogenei in classi separate può avvenire solo «per ragioni di impresa», onde ad evitare che il debitore si serva di questo strumento per precostituirsi classi consenzienti ai fini di ottenere il *cram down*. Tuttavia il legislatore non è ancora intervenuto sulla sez. 1121(a) e (b) e quindi il problema di come interpretarle è tuttora affidato al giudice del caso concreto in sede di omologazione, il quale dedurrà, attraverso il giudizio sulla buona fede del proponente, se gli intenti del debitore sono mirati ad un'effettiva volontà di soddisfare i creditori e risollevare l'impresa ovvero sono intenti fraudolenti. Tra l'altro il fatto che la suddivisione in classi diverse di crediti similari sia legittima solo «per ragioni di impresa» può voler dire tutto come niente; ecco un ennesimo caso di soluzione affidata al giudice del caso concreto che lascia allo stesso un ampio margine di discrezionalità.

¹²¹ Cfr. Sez. 1123(a)(4), U.S. Code; cfr. anche *in re* Jacovoni, 2 B.R. 721, Bnkr., Utah, 1980.

¹²² Cfr. *In re* Nerlich, 72 B.R. 181, Bnkr. D.S.C., 1986; *in re* Martin's Point Limited Partnership, 12 B.R. 721, Bnkr. Ga., 1981; *in re* Hollanger, 15 B.R. 35, 41 Bnkr. West Distr. of L.A., 1981.

¹²³ Cfr. *Oxford Life Ins. Co. v. Tucson Self-Storage, Inc.*, *In re* Tucson Self-Storage, Inc., 166 B.R. 892, 898, B.A.P. 9th Cir., 1994; *in re* S. & W. Enterprise, cit.

¹²⁴ Cfr. National Bankruptcy Review Commission, *Bankruptcy: the next twenty years*, National Bankruptcy Commission final Report, Washington D.C., U.S. G.P.O., 1997, vol. I-II, p. 303-706; cfr. anche C. FERRI, *L'esperienza del Chapter 11. Procedura di riorganizzazione dell'impresa in prospettiva di novità legislative*, in *Giur. Comm.*, 2002, vol. 29, I, p. 65, ivi a p. 77.

Per facilitare la valutazione della Corte sulla razionalità della divisione in classi il debitore (o chi per lui) dovrà indicare nel piano le classi danneggiate (*impaired*) e il trattamento a queste riservato ¹²⁵. Più precisamente il concetto di danneggiate non va identificato unicamente con quello di soddisfazione parziale del credito; ben potendo considerarsi danneggiato anche un credito soddisfatto integralmente, ma il un momento successivo o con modalità differenti da quelle pattuite ¹²⁶. Ad ogni modo il sindacato del giudice verte sul rispetto delle regole suddette nella formazione delle classi e non sul diverso trattamento dei creditori previsto nelle differenti classi ¹²⁷. Tale giudizio trova fondamento nel fatto che la votazione del piano di *reorganization* non è espressione delle volontà dei singoli le quali si piegano al volere della maggioranza; «ciò è accettabile soltanto se la maggioranza è omogenea, altrimenti il voto espresso risulterebbe inquinato da circostanze che lo alterano e che dovrebbero condurre all'annullamento del voto, per conflitto di interessi di classe» ¹²⁸.

7. Disclosure statement

Un ambito in cui invece rilevava la volontà del singolo creditore e eccezionalmente anche dei creditori non danneggiati (*unimpaired*) era l'udienza per l'approvazione della "dichiarazione di divulgazione" (*disclosure statement*) ¹²⁹.

¹²⁵ Che tra l'altro sono le uniche che possono poi votare; Cfr. K.C. MALLORY, R.E. PHELAN, *To impair or not to impair – that is the question in Chapter 11 reorganization*, in *St. Mary's Law Journal*, 1986, 17, p. 869.

¹²⁶ Così R.L. EPLING, *Contractual cure in bankruptcy*, in *Amm. Bankr. Law Journal*, 1987, p.61, *ivi a p.* 71; P.L. NELA, *Sulla "reorganization" nel nuovo diritto fallimentare statunitense*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1985, p. 1023, *ivi a p.* 1028; cfr. anche *in re Barrington Oaks General Partnership*, 15 B.R. 952, Bnkr. Utah, 1981; cfr. anche Sez. 1124, U.S. Code.

¹²⁷ Cfr. L. G. PICONE, *op. cit.*, *ivi a p.* 102; Lo stesso avviene nell'ordinamento italiano, si veda ad es. M. FABIANI, *op. cit.*, *ivi a p.* 627.

¹²⁸ Sempre M. FABIANI, *ivi a p.* 626.

¹²⁹ Cfr. Sez. 1125, U.S. Code; cfr. anche P.R. GLASSMAN, *Solicitation of plan rejections under the Bankruptcy Code*, in *Am. Bankr. Law Journal*, 1988, 62, p. 261; PHELAN,

Quest' ultima consiste in una relazione informativa che il debitore deve redigere e presentare, insieme al piano (o alle linee guida di esso), ai creditori e a tutte le parti interessate. Deve contenere le "informazioni adeguate" (*adequate information*) che per quanto possibile – avuto riguardo alla natura, alla situazione del debitore e alle condizioni dei libri contabili e dei registri dello stesso – consentano ai creditori e a qualsiasi ipotetico investitore di compiere una valutazione completa e precisa sul piano ¹³⁰. Non vi è una precisa disposizione in merito all'adeguatezza delle informazioni, ma queste sono stabilite caso per caso dal giudice che, anche in questa occasione, gode di ampia discrezionalità ¹³¹. Certo è che la dichiarazione di divulgazione non può essere una mera ripetizione degli elementi già compresi nel piano, bensì una relazione che aiuti a comprendere meglio lo stesso; potrebbe indicare ad esempio la recente valutazione dell'impresa e del patrimonio del debitore; la valutazione sulle effettive probabilità di riuscita del piano; una particolareggiata descrizione dei cespiti disponibili ¹³². Una volta comunicato il piano (o le linee guida dello stesso) e il *disclosure statement* alle parti interessate, il giudice fissava un'udienza almeno 25 giorni dopo tale notifica, affinché chi riteneva opportuno opporsi potesse farlo. L'esito del giudizio era il rigetto del piano, l'invito a modificarlo o semplicemente l'approvazione del *disclosure statement*. Seguiva la notifica a tutte le parti del piano, della relazione informativa così come approvate dalla Corte e la comunicazione del termi-

CHEATHAM, *Disclosure in Chapter 11 Reorganizations: The pursuit of consistency and clarity*, in *Cornell Law Review*, 1985, 70, p. 733.

¹³⁰ Così P. MANGANELLI, *op. cit.*, ivi a p.135-136; cfr. Bankruptcy Rule 3016, 3017; Sez. 1125(a)(2)(A),(B),(C).

¹³¹ Cfr. *in re* Eastern Marine Elec. Coop. Inc., 125 B.R. 329, Bnkr. D. Me., 1991; *in re* Cardinal Congregate I, 121 B.R. 760, Bnkr. South Distr. of Ohio, 1990; *in re* Olive Street Investment Inc., Bnkr. E. D. Mo., 1990.

¹³² Cfr. L. G. PICONE, *op. cit.*, ivi a p. 120; si veda anche *in re* Ferretti, 128 B.R. 16, Bnkr. D.N.H.,1991; *in re* Filex Inc., 116 B.R. 37, Bnkr. South Distr. of N.Y.

ne entro cui doveva avvenire la votazione con conseguente approvazione o reiezione del piano ¹³³.

Invero fino alla riforma del 1994 l'udienza era obbligatoria ma l'attuale sez. 1125(f), U.S. Code stabilisce che non è più necessaria un'approvazione preventiva della relazione informativa per le piccole imprese (che tra l'altro rappresentano la maggior parte dei casi di Chapter 11). In questo caso, sempreché non vi sia opposizione da parte dei creditori, il giudice si limita ad approvare il *disclosure statement* in via provvisoria senza un'udienza e senza esaminarlo, riservandosi poi un vero sindacato sui requisiti e sulla fattibilità del piano in sede di omologazione ¹³⁴. Qualora invece vi sia opposizione da parte dei creditori (anche singolarmente) in sede di omologazione dovrà essere esaminata anche la relazione informativa ¹³⁵.

8. Votazione

Come già evidenziato la *reorganization* è basata sull'incontro delle volontà di debitore e creditori volto a traghettare l'impresa fuori dalla crisi e soddisfare i creditori in misura maggiore rispetto alla *liquidation*. Tale volontà è innanzitutto espressa nel piano, solitamente redatto dal debitore nel rispetto dei requisiti suddetti ¹³⁶; dal lato dei creditori è invece fondamentale la votazione, che permette loro di controllare che l'intento del debitore sia effettivamente

¹³³ Cfr. Bankruptcy Rules 3017(a),(d).

¹³⁴ Sul ruolo della Corte nel giudizio di omologazione si veda *supra*, paragrafo 3.5 e *infra*, paragrafo 9.

¹³⁵ La riforma del 1994, nell'eliminare l'udienza di approvazione della dichiarazione di divulgazione con conseguente verifica solo eventuale della stessa insieme al piano in sede di omologa, ha recepito una prassi già affermata da anni: si tratta della prassi del giudice Thomas Small nel distretto del North Carolina, di cui si veda *infra*, paragrafo 11; cfr. R. DI MASSA, *op. cit.*, ivi a p. 957; C. FERRI, *op. cit.*, ivi a p. 74; CLARK, *Chapter 11: Does one size fit all?*, *American Bankruptcy Institute Law Review*, 1996, 4, p. 167, ivi a p. 189 ss.; cfr. RHODES, *Eight statutory causes of delay and expense in Chapter 11*, *Am. Bankr. Law Journal*, 1993, 67, p. 287, ivi a p. 315.

¹³⁶ Ben potendo però, come visto *infra* paragrafo 6.2, trascorsi in 120 giorni o verificatisi alcuni presupposti, essere redatto anche dai creditori stessi.

volto alla loro soddisfazione e quali siano le probabilità di riuscita del piano. Ad oggi non è più obbligatoria l'udienza di approvazione del *disclosure statement* per cui la votazione e l'omologazione acquistano un'importanza anche maggiore rispetto al passato divenendo le uniche sedi in cui i creditori possono far sentire le proprie ragioni. Il sistema di votazione non è invero espressione delle volontà dei singoli creditori, ma bensì delle classi di cui fanno parte ¹³⁷, inoltre l'istituto del *cram down* prevede che, anche se la maggioranza delle classi fosse contraria, basterebbe solo una classe danneggiata favorevole e in presenza di alcuni requisiti (che diremo *infra*) la Corte potrebbe omologare lo stesso il piano.

Soggetti legittimati ad esprimere il proprio voto sono i titolari di crediti o azioni ammessi a partecipare alla procedura ¹³⁸. Tra questi non è necessario il voto dei creditori c.d. non pregiudicati (*unimpaired*), per i quali opera una presunzione assoluta di accettazione. Sono tali se si verifica nei loro confronti una di queste tre ipotesi: 1) il piano lascia inalterati i loro diritti; 2) dopo l'inadempimento il debitore è decaduto dal beneficio del termine e il piano prevede il pagamento delle somme dovute e compensi il creditore dei danni subiti a causa dell'inadempimento; 3) il piano prevede il pagamento in denaro contante subito dopo l'omologazione del piano e per un importo pari al credito ammesso ¹³⁹. Si presumono non aver accettato il piano le classi che non riceveranno alcunché dallo stesso. Trattasi in questo

¹³⁷ Riguardo la formazione delle classi si rinvia sempre al paragrafo 6.2.

¹³⁸ Cfr. Sez. 1126(a), U.S. Code; sez. 501(b),(c) 502, U.S. Code della quali risulta che ogni creditore per ammesso al passivo deve presentare una *proof of claim*, che tradotto significa: "prova del credito". Non si tratta tuttavia di una vera e propria prova, ma bensì di un atto scritto nel quale il creditore dichiara di essere titolare di un credito nei confronti del soggetto passivo della procedura. Opera poi una presunzione per cui la prova si presume se il creditore risulta dell'elenco dei crediti che il debitore deve presentare con l'istanza. Si tratta di una presunzione relativa che può essere superata nel caso in cui una parte interessata si opponga all'ammissione del credito alla procedura; spetterà allora al giudice individuare l'esistenza e l'esatto ammontare dei crediti.

¹³⁹ Cfr. Sez. 1124, U.S. Code.

caso di presunzione relativa superabile con una votazione in senso favorevole al piano ¹⁴⁰.

Altro caso particolare di presunzione di voto è la *prepetition acceptance* in cui il debitore, prima di presentare l'istanza di *reorganization*, abbia già redatto un progetto e ottenuto l'approvazione dello stesso da parte di alcuni creditori. Quindi chi aveva approvato o rigettato il piano prima dell'inizio del procedimento "si presume abbia approvato o rigettato il piano definitivo" se la richiesta di accettazione extraprocessuale è stata fatta nel rispetto di ogni norma o regolamento sull'adeguatezza della pubblicità ovvero se la stessa era accompagnata dalle "adeguate informazioni" di cui alla sez. 1125(a); certo è che per operare la presunzione è indispensabile la perfetta corrispondenza tra il piano in questione e quello approvato fuori dal procedimento ¹⁴¹. Non si deve confondere la *prepetition acceptance* con un altro istituto affermatosi in via di prassi negli anni '90 e tuttora ampiamente usato: il *prepackaged plan*. Si tratta di un accordo, che il debitore raggiunge con la maggior parte dei creditori al di fuori del procedimento, riguardante i termini della ristrutturazione finanziaria e gli elementi fondamentali del piano; accordo che poi verrà depositato contestualmente all'istanza e omologato dalla Corte (sempreché vi siano i requisiti di cui *infra*) ¹⁴². Il *prepackaged plan* deve inoltre: 1) essere inoltrato e posto all'attenzione di tutti i creditori con un tempo sufficiente per decidere se accettarlo o rigettarlo; 2) essere approvato con le maggioranze di cui alla sez. 1126(c),(d) e nel rispetto di ogni leg-

¹⁴⁰ Cfr. Sez. 1126(f),(g). Code. Infatti, per i creditori non pregiudicati (f) si usa: «are conclusively presumed to have accepted...», quindi "l'accettazione è definitivamente presunta"; per i creditori che non riceveranno alcunché dal piano la formula è (g): «is deemed not to have accepted...», quindi "si ritiene che non accettino". Cfr. *in re* Marston Entres. Inc., 13 B.R. 514, E.Distr. of N.Y., 1982; Barrington Oaks General Partnership, 15 B.R. 952, Bnkr., Colo., 1981.

¹⁴¹ Cfr. Sez. 1126(b), U.S. Code.

¹⁴² P. MANGANELLI, in *op. cit.*, ivi a p. 136, lo accosta al 182 bis, l. fall. italiana, sottolineando però la fondamentale differenza che il *prepackaged plan* sfocia comunque in un procedimento ordinario di Chapter 11 e di esso ne ricalca tutte le disposizioni.

ge sulla votazione applicabile al Chapter 11; 3) essere accompagnato dalle “adeguate informazioni” di cui alla sez. 1125 ¹⁴³.

Tornando alla votazione, il Code prevede due tipologie di maggioranze. Riguardo i creditori (*class of claims*): “il piano si considera approvato se in ciascuna classe votante vi è il voto favorevole di almeno i due terzi del valore nominale dei crediti e la maggioranza, per teste, dei creditori votanti” ¹⁴⁴. Riguardo i titolari di azioni o quote (*class of interest*): si richiede solamente il voto favorevole dei titolari che rappresentano i due terzi delle azioni della classe ¹⁴⁵. La sezione 1127, del Code disciplina l’ipotesi della modificazione del piano. Essa può avvenire non oltre l’omologazione della Corte ¹⁴⁶ e solo per mano di chi aveva già presentato il piano; è previsto poi che, oltre il nuovo piano, venga trasmessa ai creditori una nuova dichiarazione di divulgazione (la relazione informativa di cui *supra*, paragrafo precedente).

9. Giudizio di omologazione

Una volta ottenuta l’approvazione dei creditori è necessario un’ulteriore *step* (per dirlo all’americana) affinché il piano produca i suoi effetti: l’omologazione giudiziale ¹⁴⁷. Quest’ulteriore passaggio riveste un ruolo a dir poco centrale nella *reorganization*, bilanciando la sua spiccata anima privatistica con quella pubblicistica. Si pensi che gli interessi in gioco sono molteplici e sarebbe riduttivo considerare solo quelli del debitore e dei creditori votanti. Mantenere l’impresa sul mercato può essere vantaggioso anche per

¹⁴³ Cfr. anche C. FERRI, *op. cit.*, ivi a p. 76-77; M.S. KIRCHNER, D.A. KUSNETZ, L.Y. SOLORSH, C.S. GOTARZ, *Prepackaged bankruptcy plans: The deleveraging tool of the ‘90s in the wake of OID and tax concerns*, *Seton Hall Law Journal*, 1990-1991, 21, p. 643 ss.

¹⁴⁴ Cfr. Sez. 1126(c), U.S. Code.

¹⁴⁵ Cfr. Sez. 1126(d), U.S. Code. Si veda anche L.G. PICONE, *op. cit.*, ivi a p. 126; *in re* M. Long Arabians, 103 B.R. 211, Bnkr. A.P., 9th Circ., 1989.

¹⁴⁶ Invero, in alcuni casi eccezionali è possibile la modifica del piano anche oltre l’omologazione, si veda 1127(b).

¹⁴⁷ Cfr. Sez. 1128(a), U.S. Code.

i dipendenti della stessa e per tutti quei soggetti che con essa intrattengono relazioni economiche e commerciali ¹⁴⁸. Abbiamo già descritto i punti salienti in merito al ruolo della Corte nel Chapter 11 e in particolare i limiti del suo potere di giudizio in fase di omologazione; su questo punto rinviando a *supra*, paragrafo 3.5. Rimangono ora da analizzare i requisiti richiesti per l'omologa e il peculiare istituto del *cram down*, precisando tuttavia che, se nessuna “parte interessata” fa opposizione all'omologa ¹⁴⁹, il giudice “può” ¹⁵⁰ concederla immediatamente, verificando solamente che il piano sia stato presentato in buona fede e che non vi siano state violazioni normative e tralasciando la valutazione degli ulteriori requisiti richiesti dalla sezione 1129 del Code ¹⁵¹.

¹⁴⁸ Si fa qui riferimento alla concezione più ampia di riorganizzazione accolta da alcuni Autori secondo cui «questa sia rivolta a comporre e ripartire le conseguenze della crisi dell'impresa tra tutti i soggetti che hanno rapporti con essa, oltre che a preservare il maggior valore possibile dell'impresa insolvente», e che quindi il salvataggio dell'impresa «può mantenere in vita rapporti di lavoro a vantaggio delle famiglie dei dipendenti, rapporti di scambio di beni e servizi a favore di imprese fornitrici e acquirenti» rilevando anche «valori umani, morali, politici e comunque non economici»; cfr. F. MARELLI, *Esperienza applicativa e riforme*, *op. cit.*, ivi a p. 169-171; WARREN, *Bankruptcy policymaking in an imperfect world*, *Mich. Law Rev.*, 1993, 92, p. 336; KOROCHKIN, *Rehabilitating values: a jurisprudence of Bankruptcy*, *Columbia Law Rev.*, 1991, p. 91, p. 717, ivi a p. 766 ss. A questa concezione della *reorganization* si oppone quella, più restrittiva, che vedremo *infra*, paragrafo 10.

¹⁴⁹ “parte interessata” proprio perché anche i soggetti che non possono votare, perché non danneggiati dal piano o perché non creditori, qui possono far valere le loro ragioni.

¹⁵⁰ Qui si usa il verbo “può” concedere l'omologazione e non “deve” omologare, per il fatto che, ad avviso di chi scrive, il giudice ha un ruolo davvero peculiare in questa fase. Se nessun creditore si oppone all'omologa non effettuerà il giudizio di convenienza tra la procedura di *liquidation* e quella di Chapter 11; simile, per intenderci, a quello che nel nostro concordato preventivo (versione *ante* 2005) era riservato al giudice, tale che anche se tutti i creditori votavano a favore del concordato il tribunale poteva comunque mettersi di traverso alla decisione e non omologare. Ecco questo non è previsto nel Chapter 11. Tuttavia la norma fa riferimento ad un giudizio sulla buona fede del debitore, il quale deve tenere un comportamento volto alla effettiva riorganizzazione e al soddisfacimento dei creditori (così L.G. PICONE, *op. ult. cit.*, p. 135). Si tratta di un termine assai generico che, anche in questo caso, va individuato dalla Corte di volta in volta nel caso concreto (*case by case*). Ricorda neanche troppo lontanamente quell'indagine sulla causa concreta del concordato preventivo che, a detta delle Sez. Unite (sentenza Cass., SS. UU., 1521/2013), il tribunale deve di volta in volta svolgere sia in fase di omologazione, sia nelle altre fasi (ammissione, eventuale revoca, ma anche durante la fase interinale se vengono richieste autorizzazioni al tribunale). Cfr. *infra*, cap. III.

¹⁵¹ Cfr. bankruptcy Rules 3020(b)(1),(2).

9.1 Requisiti

Come primo imprescindibile requisito la sez. 1129(a) del Code richiede che il piano sia conforme alle disposizioni del Chapter 11. In particolare si andrà a valutare il rispetto di quei requisiti soggettivi e oggettivi di cui alle sez. 1122 - 1123 ¹⁵² e la redazione della relazione informativa (*disclosure statement*) di cui alla sez. 1125 ¹⁵³.

Secondo imprescindibile requisito è la presentazione del *plan* “in buona fede”. Concetto a dir poco sfuggente e indefinito, la buona fede in parola è in realtà una definizione volutamente generica; il legislatore ha spesso lasciato ampio spazio di manovra ai giudici, permettendo loro una valutazione discrezionale nel caso concreto (*case by case*) ¹⁵⁴, ad ogni modo, si può generalmente intendere la buona fede come un comportamento volto all’effettiva riorganizzazione dell’impresa e contemporaneamente al soddisfacimento dei creditori ¹⁵⁵. Recentemente la giurisprudenza ha individuato quali casi di mala fede nella presentazione del piano la richiesta di procedura di Chapter 11 da parte di un debitore che, in procinto di subire l’esecuzione forzata, ha occultato parte del suo patrimonio ovvero di un debitore chiaramente solvibile che, citato a giudizio davanti ad una Corte non fallimentare, richiedeva il Chapter 11 con l’intento di ottenere l’esdebitazione ¹⁵⁶.

Altro requisito è il pagamento integrale in denaro contante, all’entrata in vigore del piano, per creditori con priorità (*priority claims*), che saranno quindi preferiti agli altri chirografari ¹⁵⁷.

¹⁵² Cfr. *supra*, paragrafo 6.2.

¹⁵³ Cfr. *supra*, paragrafo 7.

¹⁵⁴ Cfr. W.M. COLLIER, *op. cit.*, ivi a sez. 9.21; L.G. Picone, *op. cit.*, ivi a p. 135-136.

¹⁵⁵ Cfr. *matter of* Block Shim Development Company-Irving, 939 F.2d 289, C.A. of Texas, 1991; *in re* Elsinore Shore Associates, 91 B.R. 238, Bnkr. D.N.J., 1988; *in re* Federal Support Co., 859 F.2d 17, C.A.4 Va., 1988; *in re* Nite Line Inns, 17 B.R. 367, Bnkr. South Distr. of California, 1982.

¹⁵⁶ Cfr. *In re* General Growth Properties Inc., et al., 11977, Bnkr. South Distr. of N.Y., 2009; J.C. DUBIN, *New York Bankruptcy Court topples contractual barriers to filing Chapter 11*, I, *American Bankruptcy Institute*, 28, 2009.

¹⁵⁷ Cfr. Sez. 1129(a)(9)(A),(B),(C), U.S. Code; sez. 507, U.S. Code.

Altro ancora è il c.d. *best interest of creditors test*, per cui la Corte compie una valutazione del patrimonio del debitore per individuare se l'opposizione dei creditori danneggiati (*impaired*) sia giustificata da un effettivo nocumento che le disposizioni del piano potrebbero arrecargli; la soddisfazione dei creditori nella *reorganization* deve risultare superiore a quella che avrebbero ricevuto con la procedura di *liquidation* (Chapter 7) ¹⁵⁸.

Ulteriore requisito è la fattibilità del piano (*feasibility*), prevista dalla sez. 1129(a)(11), U.S. Code, i cui tratti salienti sono già stati delineati *supra*, in tema di poteri del giudice; pertanto si rinvia a tale paragrafo anche per un confronto tra questa e il giudizio di convenienza ¹⁵⁹. Il problema di tale giudizio di fattibilità nei primi vent'anni di vigenza del Chapter 11 era proprio il momento in cui avveniva. Si pensi che nelle procedure di Chapter 11 dall'istanza di inizio fino al giudizio di omologazione passavano anche 20-22 mesi ¹⁶⁰ e che intanto il debitore rimaneva nel possesso del patrimonio e usufruiva del blocco delle azioni. Vero è che se il debitore teneva comportamenti fraudolenti o dimostrava la sua incompetenza i creditori potevano richiedere la nomina di un *trustee*; esisteva inoltre un rimedio anche per l'*automatic stay* che permetteva loro lo sblocco delle azioni se dimostravano la mancanza di un'adeguata protezione del loro diritto di garanzia (cfr. *supra*, paragrafi 3.2, 5.1). Tuttavia il fatto che trascorressero molti mesi prima di accorgersi che la *reorganization* non aveva speranze di una buona riuscita non era certo sintomo di efficienza della procedura. Più passava il tempo, più c'era il rischio di un depauperamento ulteriore del patrimonio; cosa che, dopo la conversione del Chapter 11 in Chapter 7, poteva causare una minor

¹⁵⁸ Cfr. Sez. 1129(a)(7)(A)(i),(ii), U.S. Code; cfr. anche *supra*, paragrafo 1, in relazione alla presenza del *best interest of creditors test* già nel *bankruptcy Act* del 1898.

Tale valutazione è peraltro rinvenibile nell'ordinamento italiano all'art. 180 comma 4 l. fall., il quale parla di soddisfacimento dei creditori dissenzienti in «misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente applicabili».

¹⁵⁹ *Supra*, paragrafo 3.5.

¹⁶⁰ FENNING-HART, *Measuring Chapter 11: The real world of 500 cases*, *American Bankruptcy Institute Law Rev.*, 1996, 4, 119.

soddisfazione dei creditori in sede di liquidazione. La soluzione è riecheggiata per anni nella prassi delle Corti, in particolare del giudice Thomas Small, del Distretto orientale del North Carolina ¹⁶¹, il quale prevedeva che, nei casi di piccole imprese (*Small business cases*), la Corte potesse fissare un'udienza preliminare alla presentazione del piano in cui verificava se la riorganizzazione era *prima facie* irrealizzabile e, in tali casi, convertiva la procedura in Chapter 7 ovvero, se non vi erano i presupposti, chiudeva solamente la procedura di Chapter 11. In altri casi, sempre durante l'udienza in parola, la Corte si limitava a fissare un termine di esclusività più breve in modo da lasciare ai creditori la presentazione del piano di fronte alla palese inerzia del debitore. Un'altra soluzione adottata era quella di fissare un termine entro cui presentare il piano a pena di inammissibilità ¹⁶². Questa prassi è stata poi recepita dal legislatore del 1994 nella riforma del Chapter 11 per le piccole imprese.

L'ultimo requisito, previsto dalla sez. 1129(a)(8)(A),(B) del Code, richiede che ogni classe abbia accettato il piano ovvero non sia pregiudicata dallo stesso (infatti per i creditori non pregiudicati opera una presunzione assoluta di approvazione) ¹⁶³. Si tenga presente che il consenso di tutte le classi di creditori danneggiati non è indispensabile ai fini dell'omologazione, ben potendo la Corte procedere comunque alla stessa esercitando il potere di *cram down*.

¹⁶¹ Cfr. SMALL, *Small Business Bankruptcy cases*, *American Bankruptcy Institute Law Rev.*, 1993, 1, p. 305.

¹⁶² Come peraltro avviene oggi nel concordato preventivo italiano, in cui, per velocizzare la procedura, il debitore è tenuto a presentare il piano almeno entro 60-120 giorni dalla domanda di pre-concordato, si veda art. 161, comma 6 l. fall.

¹⁶³ Come visto *supra*, paragrafo 8.

9.2 Cram down

Il termine che dà il nome a questo istituto è intraducibile nella nostra lingua; letteralmente significa “ingozzare”, “infilare con forza” e infatti in campo fallimentare rappresenta l’omologazione del piano nonostante la volontà contraria di alcuni creditori danneggiati ¹⁶⁴. Come anticipato poco *supra*, l’unico requisito che non è effettivamente necessario per l’omologazione è l’approvazione del piano da parte di tutte le classi. Comunque, affinché il tribunale possa esercitare tale potere di “omologazione coatta”, almeno una classe di creditori danneggiati deve aver accettato il piano, il *cram down* deve essere richiesto dal proponente del piano, e infine, è richiesto che il piano non discrimini ingiustamente (*discriminate unfairly*) le classi danneggiate e che sia giusto ed equo (*fair and equitable*) ¹⁶⁵.

Il concetto di “ingiusta discriminazione”, come quello di buona fede nella compilazione del piano, è molto generico e spetta al giudice determinarne i confini di volta in volta a seconda del caso concreto. Generalmente si considera discriminatorio un piano che tratta due classi dello stesso rango in maniera ingiustificatamente diversa, ovvero che tratti la classe superiore in maniera deteriore rispetto quella inferiore.

La nozione di piano “giusto ed equo” è invece codificata nella sezione 1129(b)(2)(A),(B) del Code. Il significato varia a seconda che ad opporsi siano creditori garantiti o chirografari. Per i creditori garantiti (*secured creditors*), si veda sez. 1129(b)(A) ¹⁶⁶. Per i chirografari si considera giusto ed equo un piano che prevede alternativamente: 1) che ogni creditore riceva o conservi «beni, all’entrata in vigore del piano, pari al credito ammesso»; 2)

¹⁶⁴ Cfr. L.G. PICONE, *op. cit.*, ivi a p. 140; F. MARELLI, *op. loc. ult. cit.*, ivi a p. 572-575.

¹⁶⁵ Cfr. Sez. 1129(a),(b), U.S. Code; cfr. anche K.N. KLEE, *Cramdown II*, in *Am. Bankr. Law Journal*, 1990, 64, 229; M.E. JONES, *Confirmation of Chapter 11 plans of reorganization by “cramdown” of unsecured creditors despite retention of equity ownership*, in *Com. Law Journal*, 1988, 93, 121; *in re Barrington Oaks General Partnership*, 15 B.R. 952, Bnkr. Distr. of Utah, 1981.

¹⁶⁶ Per una più completa analisi si rinvia a L.G. PICONE, *op. ult. cit.*, ivi a p. 146-147; F. MARELLI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 573.

che nessun creditore appartenente a classi subordinate riceva alcunché ¹⁶⁷. Tale disposizione si basa sulla regola dell'*absolute priority rule*, già vigente all'epoca del *Bankruptcy Act* del 1898, per il quale era richiesta la soddisfazione totale delle classi superiori prima di iniziare la soddisfazione delle inferiori. Oggi il principio dell'assoluta priorità si ha solo in questo caso di opposizione da parte dei chirografari all'approvazione del piano. Pertanto se le classi inferiori a quelle in esame sono anche parzialmente soddisfatte, le opposizioni devono essere interamente soddisfatte, altrimenti il piano non verrà omologato ¹⁶⁸. Questo vale sempreché vi sia opposizione, perché se tutte le classi danneggiate approvano il piano ovvero qualora non vi siano classi danneggiate allora la Corte non dovrà nemmeno verificare i presupposti del *cram down* e potrà omologare direttamente il piano (alla presenza dei requisiti per l'omologazione ordinaria, di cui *supra*, paragrafo 9.1).

Quando sussistono tutti i requisiti della sezione 1129 del Code il giudice emette l'ordine di omologazione; l'ordine è in forma scritta e va notificato al debitore, al *trustee* (se nominato), ai creditori, agli azionisti e a tutte le parti interessate ¹⁶⁹. Con l'omologa il debitore cessa di essere subordinato ai controlli degli organi concorsuali; anche se il giudice mantiene comunque un controllo sull'attività del debitore fintanto che non giunga al termine l'esecuzione delle disposizioni del piano e la distribuzione ai creditori. Dopo tali adempimenti viene emesso il *final decree* e la procedura di *reorganization* può dirsi definitivamente conclusa e il debitore liberato ¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Cfr. Sez. 1129(b)(2)(B), U.S. Code.

¹⁶⁸ Anche nel concordato preventivo italiano vi è una disposizione che richiama l'*absolute priority rule*: l'art. 160 comma 2, l. fall., per il quale «il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione». Cfr. M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, op. cit., ivi a p. 616 e il recente, Trib. di Milano, Sez. Fallimentare – 2° civile, decreto 24 ottobre 2012.

¹⁶⁹ Cfr. Bankruptcy Rules 3020(c); 2002(f).

¹⁷⁰ Per un'approfondita analisi dell'esdebitazione nel sistema statunitense cfr. A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, Giuffrè, 1993.

10. Analisi sull'efficienza del Chapter 11

Passati circa vent'anni dalla riforma del 1978 molti operatori del settore concorsuale statunitense hanno tirato le somme sull'efficienza della procedura di Chapter 11. L'intento di questo paragrafo è di compire un breve excursus dei dati statistici e degli orientamenti statunitensi che presero piede negli Stati Uniti nel corso degli anni '90. Il bilancio non era esattamente positivo; si diceva che la procedura fosse troppo lunga e costosa, che fosse inefficiente e sbilanciata a favore del debitore ¹⁷¹. Nemmeno i dati statistici erano molto rassicuranti. In alcuni casi si obiettò che le statistiche fossero falsate al fine di sostenere tesi già precostituite contrarie al Chapter 11 ovvero poco rappresentative della realtà ¹⁷². In ogni caso secondo i dati ufficiali del SARD (*Statistical Analysis and Reports division*) i soggetti che ricorrevano alla *reorganization* erano: 37% società di capitali; 23% società di persone; 40% imprese individuali ¹⁷³. Rispetto alle dimensioni delle imprese in *reorganization* l'85% erano imprese medio-piccole. Rispetto alle aree di attività: 40% settore immobiliare; 15% commercio; 6% industria; 2% edilizia ¹⁷⁴. Il dato più eclatante era la percentuale dei procedimenti andati a buon fine, ossia

¹⁷¹ Cfr. F. MARELLI, *Esperienza applicativa e riforme* cit., ivi a p. 162 ss; LOPUCKI, Chapter 11: *An agenda for basics reform*, in 69 *Am. Bankr. Law Review*, 573, 1992.

¹⁷² E' il caso di Bradley e Rosenzweig, contestati da ELIZABETH WARREN, *The untenable case for Chapter 11*, in 101 *Yale Law Journal*, 1043, 1992. Warren sosteneva che i casi esaminati fossero troppo pochi e non rappresentativi della reale situazione; infatti erano state esaminate varie grandi imprese, tralasciando le piccole-medie imprese che in realtà sono quelle che ricorrono maggiormente al Chapter 11.

¹⁷³ Vedi anche FENNING-HART, *op. cit.*; In Italia invece il risultato sembra opposto, cioè le imprese individuali sono quelle che meno ricorrono al concordato, si veda statistica sul concordato Assonime, note e studi n.4/2012, p. 14. Peraltro bisogna precisare che la statistica italiana fa riferimento al concordato ante riforma del 2012 e che quindi lo strumento del concordato preventivo era solo in parte simile alla procedura di Chapter 11 statunitense; invero nemmeno oggi sono sovrapponibili le due procedure, ma la legge 134/2012, ha ulteriormente avvicinato molto il nostro concordato preventivo al Chapter 11 nordamericano.

¹⁷⁴ Secondo la statistica italiana citata in nota precedente a ricorrere al concordato preventivo italiano (sempre pre riforma del 2012) sono: 57% industria; 18% commercio; 18% servizi; 7% altri settori.

culminati con la conferma del piano: solamente il 10% ¹⁷⁵. Per di più la maggior parte di quelli che raggiungevano il traguardo della *reorganization* erano grandi imprese in crisi, che solo nell'1% dei casi ricorrevano al Chapter 11. Quindi ricapitolando: se un dato statistico rilevava che la *reorganization* era procedura destinata in gran parte a imprese medio piccole; se altro dato rilevava che solo il 10% delle procedure sfociavano nella conferma del piano; se tra queste c'erano sono soprattutto imprese grandi (che non dovrebbero essere destinatarie di questo istituto), il Chapter 11 peccava certo di efficienza.

Questi dati comunque venivano criticati da Alcuni operatori ¹⁷⁶, che sostenevano l'impossibilità di dare un giudizio veritiero sull'efficacia dell'istituto in questione senza distinguere tra le *reorganization* non andate a buon fine per problemi di inefficienza della procedura e quelle che erano già *prima facie* destinate a chiudersi per estinzione o conversione in Chapter 7. Infatti in molti casi i problemi non erano il costo elevato o la durata eccessiva della procedura, ma la grave situazione dell'impresa che la rendeva irrecuperabile ¹⁷⁷. Inoltre le statistiche consideravano "buon fine" della procedura la conferma del piano, ma non in tutti i casi in cui non si arrivava all'omologazione dello stesso si verificava conversione in *liquidation*; poteva accadere infatti che nelle more della procedura di Chapter 11 l'imprenditore riuscisse a trovare un accordo stragiudiziale con i creditori ¹⁷⁸.

Un dato che faceva certo discutere era quello riferito alla durata: trascorrevano in media 20-22 mesi dall'istanza di avvio della procedura all'omologazione del piano ¹⁷⁹. Rilevante in tal senso è stata la prassi del

¹⁷⁵ Cfr. WARREN, *op. cit.*, *ivi* a p. 443.

¹⁷⁶ Cfr. FENNING, *The future of Chapter 11* cit., *ivi* a p. 113-122.

¹⁷⁷ Tanto è vero che, come visto *supra*, paragrafo 9.1, fino alla prassi del giudice Small e alla riforma del 1994, la Corte non poteva sindacare la realizzabilità o meno della riorganizzazione fino al giudizio di omologa; quindi molti mesi dopo l'inizio della procedura.

¹⁷⁸ Cfr. F. MARELLI, *op. ult. cit.*, *ivi* a p. 165-166.

¹⁷⁹ Cfr. FENNING-HART, *op. cit.*

giudice Thomas Small (più volte accennata, vedi anche *supra*, paragrafo 9.1, in tema di fattibilità) poi sfociata nella riforma del 1994 per le piccole imprese. L'udienza preliminare che T. Small prevedeva nei primi 90 giorni dall'istanza di ammissione era chiamata *status conference* e aveva proprio lo scopo di "snellire" e velocizzare la procedura, assicurando poi che ogni impresa sicuramente irrecuperabile non portasse avanti un claudicante tentativo di *reorganization* utile solo a disperdere ulteriore tempo e denaro a discapito dei creditori. Il giudizio di fattibilità veniva in un certo senso anticipato: se la riorganizzazione era *prima facie* irrealizzabile la Corte convertiva in *liquidation* (se vi erano i presupposti) ovvero estingueva la procedura. Invece qualora la riorganizzazione fosse stata realizzabile, ma con un rischio di pregiudizio per i creditori causato dall'inerzia del debitore, la Corte ordinava di presentare il piano entro un termine, pena l'inammissibilità ¹⁸⁰.

Delineato così il quadro dell'epoca, i problemi che i vari operatori del settore prospettavano in merito al corretto ed efficiente funzionamento del Chapter 11 erano molteplici ¹⁸¹. La prima questione era quella, accennata poco *supra*, della necessità di "snellire" il procedimento quantomeno per le piccole imprese che sono quelle che più hanno risentito delle lungaggini processuali ¹⁸²; più precisamente era necessario agire sui termini per la presentazione del piano ¹⁸³, sul numero dei componenti del comitato dei credi-

¹⁸⁰ I procedimenti del giudice Small avevano una durata media di 6-7 mesi dall'istanza all'omologa.

¹⁸¹ Cfr. C. FERRI, *op. cit.*, ivi a p. 73.

¹⁸² Si pensi che per redigere un piano per riorganizzare un'impresa di grandi dimensioni è fisiologico che passi un tempo piuttosto lungo.

¹⁸³ Ad esempio diminuendo l'*exclusivity period* o obbligando il debitore (o chi per lui) a presentarlo entro un termine a pena di inammissibilità; insomma codificare la prassi del giudice Small.

tori, sull'esercizio dei poteri del giudice ¹⁸⁴ e sull'udienza di approvazione della relazione informativa (*disclosure statement*) ¹⁸⁵.

Una seconda problematica riguardava il necessario intervento per contrastare debitori propensi a bloccare le azioni creditorie senza una reale intenzione di presentare un piano e portare a termine la procedura. La soluzione poteva essere la nomina automatica di un *trustee* da parte del comitato dei creditori, ma, da una parte si rischiava di disincentivare l'utilizzo del Chapter 11, dall'altra di non riuscire a mantenere l'impresa sul mercato. Infatti in molte piccole imprese si sentiva il bisogno di quelle conoscenze tecniche e personali che solo il debitore stesso aveva ¹⁸⁶. Una più efficace soluzione poteva essere invece ampliare i casi di sblocco (*relief*) delle azioni creditorie ¹⁸⁷.

L'ultima tipologia di problemi riscontrata nel primo ventennio di vigenza del Chapter 11 era legata ai costi della procedura, considerati troppo alti per ritenerla realmente vantaggiosa rispetto alla *liquidation* ¹⁸⁸. Ai costi direttamente legati alla procedura (tutto sommato imprescindibili, anche se riducibili) vi erano tutta una serie di costi indiretti, legati ad esempio al fatto che l'impresa spesso non riuscisse a realizzare attivo e andasse in perdita, perché il debitore era eccessivamente dedito a negoziare coi creditori anziché dedicarsi realmente alla sua attività imprenditoriale. Inoltre gli interessi di questi erano spesso divergenti con quelli dei creditori e arrivavano a cre-

¹⁸⁴ Anche qui, seguendo la prassi del giudice Small, dare il più possibile possibilità di intervento al giudice, eventualmente permettendogli di convertire o estinguere le procedure irrealizzabili.

¹⁸⁵ Quest'ultima ridondante nelle procedure che coinvolgevano piccole imprese; bastava che fosse approvata insieme al piano, dopo la votazione, in sede di omologazione anziché svolgere un'udienza apposita preliminarmente alla votazione dei creditori. Così F. MARELLI, *op. loc. ult. cit.*, ivi a p. 166, in nota 33.

¹⁸⁶ Cfr. *supra*, paragrafi 3.1, 3.2.

¹⁸⁷ Si veda *supra*, paragrafo 5.1.

¹⁸⁸ Ad esempio i costi dei professionisti che partecipavano alla procedura, come contabili, banche d'affari, avvocati.

arsi situazioni di stallo nelle trattative, o peggio ancora vi poteva essere una propensione ad investimenti rischiosi da parte del debitore.

Le risposte che venivano date a siffatte problematiche dipendevano anche delle concezioni che i vari operatori avevano in merito allo scopo della *reorganization*. Un orientamento più restrittivo era il c.d. *economic account* per il quale il fine ultimo della procedura andava valutato sempre e comunque in relazione al risultato economico che essa poteva garantire nella realizzazione dell'attivo rispetto alla liquidazione fallimentare ¹⁸⁹. In quest'ottica la conservazione dell'impresa aveva senso solo in quanto potesse creare nuova ricchezza per i creditori o quantomeno una maggior soddisfazione rispetto alla liquidazione ¹⁹⁰.

11. Cenni alle riforme più significative.

Nell'ambito delle piccole imprese (*small business cases*) il *Bankruptcy Reform Act* del 1994 ¹⁹¹ ha fatto proprie queste problematiche tentando di darvi soluzione. Innanzitutto per piccole imprese si intendevano quelle aventi debiti liquidi ed esigibili per un ammontare non superiore a 2 milioni di \$ e che non esercitavano nel settore immobiliare ¹⁹². Il punto focale era lo snellimento della procedura tanto predicato dal giudice T. Small del North Carolina, la cui prassi è stata di fatto codificata dalla riforma in parola. In particolare la possibilità di fissare l'udienza di *status conference* collocata all'inizio della procedura, dopo 90 giorni dall'istanza; in tale sede il giudice poteva convertire la procedura in *liquidation* qualora si fosse accorto *prima facie*

¹⁸⁹ Cfr. F. MARELLI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 170; ADLER, *Financial and political theories of American Corporate Bankruptcy*, in 45 *Stan. L. rev.* 581, 1993. ADLER, *Bankruptcy and risk allocation*, in 77 *Cornell L. Rev.* 439, 1992.

¹⁹⁰ In riferimento all'altro orientamento prevalente rispetto alle finalità della procedura in esame si rinvia a *supra*, paragrafo 9, in nota n. 147.

¹⁹¹ Più precisamente H.R. 5116, 103rd Congress of 1993-1994.

¹⁹² Cfr. R. DI MASSA, *op. cit.*, ivi a p. 957.

dell'impossibilità di risanare l'impresa, ovvero estinguere la procedura qualora non vi fossero stati nemmeno i presupposti per il Chapter 7.

Altro intervento della riforma è stato la fissazione di un termine di 160 giorni entro il quale presentare il piano, pena l'inammissibilità. Altro ancora la diminuzione del periodo di esclusiva nella presentazione del piano di cui il debitore beneficiava a 100 giorni, con conseguente anticipazione della possibilità per i creditori di attivarsi ¹⁹³.

Sempre seguendo i suggerimenti di quanti auspicavano tale riforma già da anni, nel 1994 fu eliminata l'udienza di approvazione del *disclosure statement*; quindi la relazione informativa non doveva più essere vagliata prima dalla Corte e poi presentata ai creditori con il piano per la votazione, ma (se non vi erano opposizioni alla stessa), la Corte la esaminava direttamente in sede di omologa dopo l'approvazione del piano ¹⁹⁴. Infine la riforma rese possibile che il *trustee* fosse scelto dai creditori (e non più dallo *U.S. Trustee*), anche se comunque era ancora la Corte a nominarlo e rese la nomina del comitato dei creditori chirografari non più obbligatoria ¹⁹⁵.

Nel 1996 si riunì l'*American Bankruptcy Review Commission* per delineare ulteriori prospettive di riforma ¹⁹⁶. Per prima cosa vi era l'intento di allargare l'ambito di applicazione della procedura semplificata delle *small business* ¹⁹⁷ e renderla per loro obbligatoria. Vi era poi la volontà di accrescere il flusso informativo tra debitore e creditori – vista l'importanza che assume un dialogo tra questi nelle negoziazioni – prevedendo appositi incontri periodici fissati dalla Corte. Si auspicava la codificazione dei *prepackaged plan* ¹⁹⁸, già presenti nella prassi e infine di vietare al debitore di porre i titolari di crediti

¹⁹³ C. FERRI, *op. cit.*, ivi a p. 74.

¹⁹⁴ Cfr. *supra*, paragrafo 7.

¹⁹⁵ Sempreché vi fossero alcuni presupposti, di cui *supra*, paragrafo 3.4.

¹⁹⁶ Si veda National Bankruptcy Review Commission final report *cit.*

¹⁹⁷ Alzare la soglia dei 2 milioni di \$ di debito a 5 milioni di \$.

¹⁹⁸ Di cui *supra*, paragrafo 8.

omogenei in classi diverse, a meno che ciò non fosse imposto da «ragioni d'impresa» ¹⁹⁹.

Nel 1997 in effetti fu redatta una prima bozza di un'ulteriore riforma, ma i continui tira e molla tra la *House of Representatives* e il Senato degli Stati Uniti portarono ad un nulla di fatto, che si è protratto fino al 2005. Il *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005 (BAPCPA)* ²⁰⁰ firmato da G.W. Bush è intervenuto più che altro in ambito di impresa individuale favorendo la procedura di Chapter 13 e rendendo più gravoso l'accesso e la conversione in *liquidation*; questo anche perché l'esdebitazione (*discharge*) del Chapter 13 è meno estesa e più difficile da ottenere. Infatti riecheggia un po' in tutte le norme della riforma una certa diffidenza verso il debitore tacciato di abusare degli strumenti concorsuali per ottenere il blocco delle azioni esecutive e l'esdebitazione senza mirare realmente né al recupero dell'impresa né alla soddisfazione dei creditori. Proprio questa presunzione di mala fede è la ragione anche della limitazione imposta all'*automatic stay*, per cui i soggetti che avevano già fatto istanza di Chapter 7, 11 o 13 e se l'erano vista rigettare, se propongono di nuovo istanza nell'anno successivo, beneficeranno di un blocco delle azioni di soli 30 giorni, prorogabili solo dietro dimostrazione della buona fede nei confronti dei creditori; se poi si tratta di terza richiesta (*third filing*), dopo il rigetto di due istanze nell'arco di un anno, l'*automatic stay* non potrà proprio operare senza la dimostrazione di buona fede suddetta ²⁰¹. Sempre la riforma del 2005 ha introdotto il Chapter 15 riguardante il coordinamento delle procedure concorsuali transfrontaliere ²⁰².

¹⁹⁹ Cfr. *supra*, paragrafo 6.2.

²⁰⁰ Pub. L.109-8, 119 Stat. 23, enacted April 20, 2005, 109th Congress Of United States.

²⁰¹ Cfr. Sez. 362(c)(3), U.S. Code.

²⁰² Cfr. P. MANGANELLI, *op. cit.*, ivi a p. 134 e 137, il quale auspica tale coordinamento tra giurisdizioni straniere anche nel nostro ordinamento.

Più strettamente inerente al Chapter 11, dopo circa 40 anni di vigenza, è la riforma in atto dall'aprile 2012 e che si concluderà (almeno così è previsto) nel 2014. L'*American Bankruptcy Institute*, riunitosi per l'occasione, sta studiando i tredici punti di riforma ritenuti più problematici dai vari operatori del settore quali ad esempio l'utilizzo delle prededuzioni, la crescita e lo sviluppo delle imprese e l'esdebitazione ²⁰³.

²⁰³ Cfr. M.M. HARNER, *ABI Commission to study reform of Chapter 11 will meet in April*, in *American Bankruptcy Institute Journal*, 2012, 31-33.

CAPITOLO II

PIANO, PROPOSTA, DOMANDA DOPO LA L. 134/2012.

LA NUOVA DOMANDA DI PRE-CONCORDATO

1. Premessa. – 2. Il nuovo articolo 161 l. fall. La domanda di concordato “con riserva”. La ratio dell’istituto. – 3. Blocco delle azioni esecutive e cautelari. – 4. “Correttivi” al blocco delle azioni creditorie. – 5. Contenuto della domanda di pre-concordato e ruolo del tribunale nella fase interinale. – 6. Problemi di coordinamento con la procedura fallimentare. Il comma 10 del 161 l. fall. – 7. Il concordato in bianco come “passerella” verso l’accordo di ristrutturazione dei debiti. – 8. Cenni alla proposta di concordato preventivo. – 9. Tipologie di concordato. Un primo sguardo alla ratio del 186 bis.

1. Premessa

Dopo aver delineato la triade piano-proposta-domanda chi scrive si soffermerà su quest’ultima, prestando particolare attenzione alla nuova domanda di pre-concordato. Seguirà una breve analisi sul cambiamento dei requisiti della proposta concordataria all’insegna della sempre maggiore flessibilità. Si precisa sin da ora che l’argomento, insieme a quello riguardante la suddivisione in classi del concordato preventivo, non sarà trattato nel presente lavoro; anche perché le modifiche più incisive su tali temi risalgono alla riforma 2005. **Nel capitolo seguente** si approfondirà il ruolo del professionista attestatore e degli organi della procedura quali “contrappesi” al *favor* riservato al debitore (*rectius* all’impresa) dalla riforma del Decreto Sviluppo. In tale sede, affrontando il tema del giudizio di fattibilità dell’attestatore, si introdurranno anche i caratteri fondamentali del piano concordatario, per poi **nell’ultimo capitolo** approfondire il concetto di *business plan* del concordato con continuità e l’attestazione dello stesso.

2. Il nuovo articolo 161 l. fall.

La domanda di concordato “con riserva”. ¹ La ratio dell’istituto

Le modifiche apportate all’art. 161 l. fall. richiamano all’ordine gli operatori del settore concorsuale in merito all’ormai esplicita distinzione tra proposta, piano e domanda di concordato preventivo: la prima è destinata ai creditori ed attiene al contenuto negoziale; il piano esplica il modo in cui si ritiene di rendere realizzabile la proposta; la domanda di ammissione alla procedura è diretta al tribunale ed è dovuta alla natura “mista”, ossia non prettamente negoziale, del concordato preventivo ². In particolare si fa qui riferimento all’introduzione della lett. e) al secondo comma del 161 l. fall. ad opera dell’art. 33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, come sostituito con modifiche dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134, il quale esplicita che il debitore è tenuto ad allegare alla domanda «un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta». Questa tra l’altro rappresenta una tutela aggiuntiva per il ceto creditorio, perché oltre a ribadire l’essenzialità del piano sottostante alla proposta ³, e quindi di un programma di azioni coordinate al raggiungimento dei risultati prefissati, rafforza il diritto ad una corretta informazione ai fini dell’approvazione della proposta. In linea con tale *ratio* di tutela anche il no-

¹ D’ora in poi si parlerà indifferentemente di domanda di concordato “con riserva”, di domanda “in bianco”, di domanda “al buio”, di domanda di pre-concordato, anche se sarebbe più corretto parlare di “domanda prenotativa”, dato che, come vedremo, da una parte non è una domanda realmente in bianco (almeno se se ne vogliono sfruttare a pieno le potenzialità), dall’altra, non è detto che poi il ricorrente presenti una proposta concordataria ben potendo sfruttare la passerella verso l’accordo di ristrutturazione di cui al 182 bis, quindi invero non siamo di fronte ad una vera e propria domanda di concordato, ma semmai ad una domanda meramente prenotativa; così F. LAMANNA, *E’ corretto parlare di concordato in bianco o con riserva per una domanda proposta “al buio”? Non sarebbe meglio parlare di procedura meramente prenotativa?*, in *il Fallimentarista*, 21.02.2013; cfr. anche F. FALDI, *Il nuovo c.d. pre-concordato è davvero in bianco?*, in *Diritto*24, 26.11.2012.

² Cfr. M. FABIANI, *Vademecum per la domanda “prenotativa” di concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, 2012, doc. n. 313.

³ Cfr. F.S. FILOCAMO, *L’esattezza della proposta di concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2012, 11, p. 1269 ss; M. VITIELLO, *Le soluzioni concordate della crisi d’impresa*, 2012, Altalex formazione, p. 6; Trib. Bari 25 febbraio 2008, in *Il Fallimento*, 2008, p. 682; Trib. Roma 1 febbraio 2006, *Dir. fall.*, 2007, II, p. 95.

vellato art. 67 comma 3, lett. d) chiarisce espressamente che il professionista chiamato ad attestare la veridicità dei dati e la fattibilità del piano (ex 161 comma 3 l. fall.) deve necessariamente essere indipendente ⁴. Tuttavia è doveroso precisare che gli interventi suddetti non sono espressione di una logica particolarmente “garantista” della riforma, ma si atteggiavano più a correttivo di un forte *favor* per il debitore (*rectius* per l’impresa) su cui s’incentra il cd. “Decreto Sviluppo” tanto che peraltro lo stesso professionista attestatore – pur dovendo essere necessariamente indipendente – è designato dal debitore ⁵.

Un certo *favor debitoris* lo si ritrova soprattutto nel 161 comma 6 l. fall. il quale attribuisce al debitore una possibilità di notevole rilevanza: depositare la *domanda di pre-concordato* riservandosi di presentare piano, proposta, relazione attestatrice e tutti gli altri documenti di cui al 161 comma 2, in un momento successivo ⁶ in modo da ottenere anticipatamente tutta una serie di vantaggi. Ai sensi del comma 7 dello stesso 161 l. fall. dal momento del deposito del ricorso il debitore può compiere gli atti di ordinaria amministrazione senza richiedere autorizzazioni e quelli «urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale»; il che richiama certamente il concetto statunitense di *debtor in possession* ⁷, volto ad agevolare l'imprenditore nella ripresa della sua attività non distogliendolo, per quanto

⁴ Si rinvia ad una lettura completa del 67 comma 3 lett. d) e per maggiori approfondimenti sul professionista attestatore e sulla sua indipendenza si veda *infra*, cap. III, paragrafi 1-2.

⁵ Il legislatore ha voluto con tale puntualizzazione rigettare le spinte giurisprudenziali volte a munire il professionista di un’investitura del giudice e della qualifica di consulente tecnico d’ufficio. Così M. VITIELLO, *Le soluzioni concordate della crisi d’impresa, il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, in Altalex formazione. In realtà, anche se ormai senza dubbio non si può qualificare come un c.t.u., le SS.UU. della Cassazione in un passo della recente sentenza 1521/2013 hanno lasciato intendere che la sua funzione è in ogni caso simile a quella di un consulente tecnico e hanno escluso che la relazione attestatrice sia rivolta unicamente ai creditori; cfr. F. LAMANNA, *L’indeterminismo creativo delle Sezioni Unite in tema di fattibilità nel concordato preventivo: «così è se vi pare»*, in *il Fallimentarista*, 26.2.2013 p. 5.

⁶ Entro un termine tra i 60 e i 120 giorni, prorogabile di altri 60 per una sola volta.

⁷ Cfr. Capitolo I, paragrafo 5.2.

possibile, dalla gestione dei propri affari. Si tenga conto che, soprattutto nelle imprese medio-piccole, è essenziale lasciare l'imprenditore libero di operare e di utilizzare quel *background* di competenze tecniche e relazioni commerciali con fornitori e clienti tali da rendere possibile l'uscita dalla crisi. Il concetto è il seguente: chi sta al comando dell'impresa in crisi (tanto individuale quanto societaria) non dovrebbe spendere tempo e risorse per ottenere autorizzazioni e consensi da soggetti terzi, ma creare utili da destinare in parte ai creditori e in parte ai fattori produttivi (materie prime e lavoro) che possono condurre ad ulteriore ricchezza. Certo non si può immaginare che il debitore possa essere lasciato totalmente libero di agire come meglio crede, visto che sono in gioco anche interessi che esulano i suoi personali e quelli dei creditori con cui si accorda ⁸. Tuttavia un conto è dover chiedere le autorizzazioni per compiere atti di straordinaria amministrazione o per fruire di alcuni vantaggi (che vedremo *infra*), altro è invece dover affrontare le "aggressioni" creditorie poste in essere attraverso l'utilizzo di azioni esecutive e cautelari e contemporaneamente dover redigere un piano che essere considerato fattibile e accordarsi con i creditori in modo da avere una qualche speranza che lo approvino. Chiaro è che più si spinge per un'idea garantista di concordato, adottando tutte le cautele possibili, meno lo strumento in parola sarà appetibile per gli imprenditori; il rischio è in questo caso un'emersione "a scoppio ritardato" della crisi. D'altra parte più si lascia il debitore libero d'agire e di accordarsi come crede con i creditori, senza un reale controllo sulle sue intenzioni e sulla effettiva possibilità di risanamento o – nel caso di un concordato prettamente liquidatorio – sul

⁸ Si pensi gli effetti indiretti che il concordato produce anche verso i terzi che non votano, come i coobbligati, i fideiussori e gli obbligati in via di regresso, rispetto ai quali i creditori conservano impregiudicate le ragioni di credito e che perciò si troveranno ad essere aggrediti per la parte di debito che non sia stato rimesso al debitore principale. Cfr. I. PAGNI, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva "funzionale" aperta dal richiamo alla "causa concreta"*, in *Il Fallimento*, 2013, 3, p. 279 ss., ivi a p. 286.

reale vantaggio che i creditori avrebbero rispetto al fallimento, più si prospetta il rischio di utilizzi distorti dell'istituto ⁹; come lo sfruttare l'*automatic stay* per scopi meramente dilatori, ovvero il trovare un accordo coi creditori più forti e i fornitori considerati essenziali, a tutto svantaggio dei creditori più deboli.

Ad ogni modo il novellato art. 161 comma 7 l. fall. prevede anche che i crediti sorti in conseguenza degli atti legalmente compiuti dal debitore dopo il deposito del ricorso (anche con domanda di pre-concordato) siano prededucibili ai sensi del 111 l. fall. Si tratta anche in questo caso di un *favor* che il legislatore riserva non tanto al debitore quanto soprattutto all'impresa. Lo sguardo è rivolto verso un concordato che punta sempre più alla continuità aziendale, reso peraltro esplicito dalla riforma odierna con l'introduzione dell'art.186 bis, il quale prevede anche la possibilità di pagare anticipatamente e (vedremo forse anche integralmente) ai fornitori essenziali i crediti anteriori alla procedura o, tramite richiamo al 169 bis, di sospendere e finanche sciogliere i contratti pendenti particolarmente gravosi ¹⁰.

Dal quadro delineato finora si comprende come la procedura concorsuale ad oggi “si apra” a tutti gli effetti all'atto della presentazione della domanda (anche in bianco ex 161 comma 6 l. fall.) di concordato da parte del debitore e non più al momento del decreto di ammissione di cui all'art. 163 l. fall. ¹¹. In realtà leggendo il 168 l. fall., riguardante gli effetti della presentazione del ricorso, si comprende come uno dei vantaggi maggiormente degni di nota – che consiste nell'anticipazione dell'ombrello protettivo dell'*automatic stay*, ossia il blocco delle azioni esecutive e cautelari fino al momento dell'omologazione – sia efficace «dalla data di presentazione del

⁹ M. FABIANI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 14.

¹⁰ Cfr. F. MARELLI, *Domanda di concordato presentabile «con riserva»*, in *Guida al Diritto*, 14.07.2012, n. 29, p. 34 ss.; F. FALDI, *op. cit.*; M. FABIANI, *ult. op. cit.*, ivi a p. 5.

¹¹ Così anche M. VITIELLO, *op. cit.*, ivi a p. 7

ricorso nel registro delle imprese». Per coordinare questa norma con quanto detto finora circa gli effetti favorevoli che si hanno con la semplice presentazione del ricorso bisogna precisare che vi è *il principio della diversa decorrenza degli effetti del concordato* per cui *per il debitore* gli effetti decorrono dalla data di deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale, *per i creditori* invece dal momento della pubblicazione della domanda al registro delle imprese. Quindi a rigore, sarebbe formalmente una posticipazione degli effetti, visto che prima rilevava il deposito del ricorso in cancelleria, ma sul lato pratico è sicuramente un'anticipazione ¹², perché da una parte il 161 comma 5 l. fall. sancisce che «la domanda di concordato è comunicata al pubblico ministero ed è pubblicata, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria» e dall'altra è possibile presentare la domanda per così dire “in bianco” ¹³.

Praticamente tutti gli Autori ¹⁴ che hanno analizzato il nuovo comma 6 dell'art.161 l. fall. hanno sottolineato come il legislatore si è largamente ispirato al Chapter 11 del Bankruptcy Code statunitense. L'argomento è stato già ampiamente trattato ¹⁵ ma è qui in caso di fare un richiamo per vedere fino a che punto l'istituto sarebbe ispirato al procedimento d'oltreoceano. Accingendosi alla lettura delle sezioni 301-303 dello U. S. Code statunitense, che disciplinano l'istanza (*petition*) tanto di procedimento liquidatorio di Chapter 7 quanto di procedimento di *reorganization* di Chapter 11, ci si accorge che non vi è una disposizione che preveda a chiare lettere la possibilità di presentare un ricorso per così dire “in bianco”. Invero si dice che la presentazione del piano potrà ben avvenire in un secondo momento; ossia il debitore ha 120 giorni di esclusiva in cui solo lui è legittimato a presentare

¹² Cfr. M. FABIANI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 2.

¹³ Anche se si veda nota 1.

¹⁴ Tra i quali cfr. M. FABIANI, *ult. op. cit.*, F. FALDI, *op. cit.*, L. PANZANI, *il concordato in bianco*, in *il Fallimentarista*, 14.09.2012; M. VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato con continuità aziendale*, in *il Fallimentarista*, 21.01.2013.

¹⁵ Cfr. *Supra*, Capitolo I, in particolare, paragrafo 6, p. 32-33.

il piano, scaduti i quali anche i creditori potranno ritenersi parimenti legittimati alla presentazione dello stesso. Tuttavia l'istanza di avvio del procedimento ¹⁶ è appunto la stessa nelle due procedure (liquidatoria e di riorganizzazione) e la sua presentazione deve essere accompagnata da alcuni documenti aggiuntivi quali: 1) lista delle attività e passività; 2) lista delle attuali entrate e spese; 3) lista dei contratti in corso e delle locazioni non scadute; 4) bilancio dell'impresa ¹⁷. Inoltre si richiede anche un'elencazione dei creditori titolari dei venti maggiori crediti e l'indicazione della procedura che si intende avviare. L'unico appiglio per la presentazione di un ricorso che non presenti questi elementi aggiuntivi sta nell'inciso «*unless the court orders otherwise*», ossia «salvo che la corte non stabilisca diversamente» ¹⁸. Questo ci deve far riflettere che, al contrario di quanto lasciano intendere diversi autorevoli Autori, in realtà la presentazione di una domanda “in bianco” nel Chapter 11 è solamente un'eccezione, peraltro anche abbastanza malvista dagli operatori statunitensi ¹⁹. Tra l'altro arriveremo a dire anche riguardo il nostro concordato con riserva che difficilmente è prospettabile la presentazione di una domanda realmente in bianco corredata solo dai bilanci; o meglio, è da considerarsi pienamente lecita, ma poco auspicabile, perché non consente di sfruttare a pieno alcuni importanti vantaggi ²⁰.

3. Blocco delle azioni esecutive e cautelari

Tra le disposizioni che abbiamo elencato come vantaggiose per l'imprenditore, tanto da rendere particolarmente appetibile l'istituto con-

¹⁶ Che potrà avvenire ad opera sia del debitore che dei creditori; cfr. *supra*, capitoli I, paragrafo 4.

¹⁷ Cfr. le Bankruptcy Rules, le quali sono norme processuali. Qui si fa riferimento in particolare alle B.R. 1002, 1003, 1005 e 1007, 1007(b), che disciplinano i requisiti formali, ed i documenti necessari per l'istanza di inizio procedura.

¹⁸ Che si trova nelle stesse Bankruptcy Rules, al n. 1107(b).

¹⁹ Anche L. PANZANI, *ult. op. cit.*, ivi a p. 1, lo sottolinea in nota.

²⁰ Si veda *infra*, paragrafo 5.

cordatario, vi è l'anticipazione del blocco delle azioni esecutive e (oggi anche) cautelari alla data della pubblicazione della domanda di pre-concordato²¹. La novità non sta nel blocco delle azioni esecutive in sé, ma nel fatto che esso possa scaturire anche dalla semplice presentazione di una domanda di pre-concordato non comprensiva di piano, proposta e l'ulteriore documentazione di cui al 161 comma 2 l. fall.²². Siffatto "blocco" consiste nel divieto (a pena di nullità) per i creditori aventi titolo o causa anteriore (alla pubblicazione) di iniziare o proseguire qualsivoglia azione esecutiva, cioè di esecuzione forzata sul patrimonio del debitore. Ne risultano quindi escluse dalla portata del divieto ad esempio: le azioni di rivendicazione e restituzione di beni non appartenenti al debitore; le azioni possessorie di reintegrazione e di manutenzione di cui agli artt. 1168 e 1170 c.c.; le azioni del venditore, derivanti da compravendita con riserva della proprietà, per ottenere la restituzione del bene oggetto della vendita; l'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto ex 2932 c.c. Il divieto ha effetto «fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo». Le ipotesi sono due: 1) la domanda di concordato viene dichiarata inammissibile, allora perderà conseguentemente effetto anche l'*automatic stay*; 2) il concordato viene omologato, allora diverrà vincolante per tutti i creditori (anche i dissenzienti e coloro che non hanno partecipato alla votazione), per cui non potranno iniziare o proseguire azioni esecutive

²¹ Cfr. F.S. FILOCAMO, *op. cit.*, p. 1269; M. FABIANI, *La domanda "prenotativa" di concordato preventivo: spunti operativi*, in www.osservatorio-oci.com, 2012.

²² Infatti, come affermato poco *supra*, a rigore non sarebbe una vera anticipazione dato che gli effetti si hanno con la pubblicazione nel registro delle imprese della domanda e non più dal semplice deposito in cancelleria della stessa (a parte che comunque vi è il comma 5 del 161 che prevede che la pubblicazione avvenga nel giorno successivo dalla presentazione della domanda); a rendere l'istituto vantaggioso è proprio il comma 6 del 161 l. fall., per il quale questo effetto si ha anche dalla semplice domanda di pre-concordato; così M. FABIANI, *ult. op. cit.*; per l'utilizzo di questo istituto nel 182 bis e la possibilità di anticipazione introdotta dal D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito in L. 30 luglio 2010, n. 122, si veda S. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle novità introdotte dalla legge 30 luglio 2010, n. 122 in materia di soluzioni negoziate delle crisi d'impresa*, in *Crisi di imprese: casi e materiali* a cura di F. Bonelli, Milano, Giuffrè, 2011, p. 163 ss.

(o cautelari) individuali. Tuttavia il divieto non durerà all'infinito. Secondo la vecchia distinzione concordato "con garanzia"- "concordato con cessione dei beni" si tendeva a dire che nel primo il divieto si protraeva fino al termine fissato per l'adempimento degli obblighi concordatari, nel secondo fino al termine fissato per la ripartizione del ricavato della liquidazione dei beni; ad oggi però tale dualità è superata e la proposta di concordato di dimostra sempre più flessibile, così come il piano sempre più "atipico"²³, per cui si ritiene semplicemente che il divieto si protragga «fino a che il debitore non si renderà inadempiente agli obblighi assunti, anche in considerazione del termine fissato per il regolare adempimento», termine che va necessariamente indicato nel piano ex 161, comma 2, lett. e) l. fall.²⁴.

Altra importante previsione del 168 l. fall. è quella di cui al comma 3: l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti il deposito del ricorso. Anche questa disposizione va letta come un chiaro *favor* per il debitore, tanto che non si richiede alcuna dimostrazione circa la conoscenza dello stato di crisi da parte dei creditori e si arriva così ad anticipare l'ombrello protettivo di ben tre mesi²⁵.

Tornando al comma 1 del 168 l. fall., esso prevede (oggi) espressamente che il blocco operi anche nei confronti delle azioni cautelari. Nella precedente formulazione non era invece specificato tanto che vi era chi in dottrina e giurisprudenza, interpretando in maniera letterale l'articolo e basandosi sul brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, tendeva ad escludere un'estensione della protezione anche alle azioni cautelari. Non mancava tuttavia anche chi escludeva il sequestro conservativo, ma riteneva ammissibile

²³ Cfr. *infra*, paragrafo 8.

²⁴ Cfr. S. RONCO, *Brevi note sul blocco delle misure esecutive e cautelari nel concordato preventivo: problemi esegetici e novità della riforma*, in *Il Fallimentarista*, 16.01.2013.

²⁵ Cfr. M. VITIELLO, *Le soluzioni concordate*, cit., ivi a p. 9; L. PANZANI, *ult. op. cit.*, ivi a p.4.

quello giudiziario ²⁶. D'altra parte la Cassazione, come diverse pronunce di merito, dimostravano di preferire la tesi restrittiva ²⁷. Così anche negli anni immediatamente precedenti la riforma 2012 gli interpreti dell'art.168 l. fall. continuavano in gran parte a considerare escluse le azioni cautelari dalla portata del divieto, assegnando prevalenza all'interesse del creditore al mantenimento degli effetti del provvedimento cautelare a garanzia della propria pretesa e considerando che, qualora il concordato non avesse avuto esito positivo, il debitore avrebbe riacquisito la facoltà di disporre dei suoi beni con atti potenzialmente lesivi delle ragioni creditorie in mancanza di un'automatica dichiarazione di fallimento ²⁸. Il legislatore del D.L. "Sviluppo" ha però ribaltato la prospettiva.

Questa scelta di inserire espressamente le azioni cautelari, ma anche la scelta di anticipare l'efficacia della protezione dell'*automatic stay* ad un momento precedente rispetto la presentazione del piano e della relazione attestatrice (e degli altri documenti richiesti) si dimostra certamente coerente con il disegno del legislatore di cambiamento della concezione del concordato preventivo in un'ottica filo americana e a favore della continuità d'impresa. Anche questo istituto ha origine nel Chapter 11 statunitense ²⁹. La *ratio* è sempre la stessa: concedere al debitore il tempo di predisporre il piano e continuare ad esercitare la sua attività senza subire aggressioni creditorie che potrebbero ostacolarlo non poco. Invero gli stessi creditori potrebbero trarre giovamento dall'*automatic stay* facendo in modo che le ag-

²⁶ Così M. CAFFI, *Il concordato preventivo*, in *Il diritto fallimentare riformato. Commentario sistematico* a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, Cedam, 2007, p. 605 ss; App. Bologna 14 marzo 1960, in *Giur. It.*, 1960, I, 2, p. 937.

²⁷ Cfr. Cass. 30 marzo 2005, n. 6672; Cass. 6 marzo 1976, n. 761, in *Dir. Fall.*, 1976, II, p. 360; conformemente Trib. Milano 1 marzo 1990, in *Il Fallimento*, 1990, p. 748; Trib. Brescia 15 ottobre 1993, in *Il Fallimento*, 1994, p. 625.

²⁸ Cfr. Trib. Verona, 24 gennaio 2012, in *www.ilcaso.it*; In dottrina cfr. P. F. CENSONI, *Art. 168*, in A. Jorio - M. Fabiani, *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna, Zanichelli, 2007, p. 2419-2421; S. PACCHI, *Il concordato preventivo*, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 449-450; S. RONCO, *op. cit.*, ivi a p. 3.

²⁹ Cfr. *Supra*, Capitolo I, paragrafo 5.1.

gressioni dei singoli – che probabilmente saranno quelli “più forti”, dotati di maggiori informazioni e anche di maggiori garanzie – vengano paralizzate per fare spazio a quella che sarà la decisione della maggioranza dei creditori chirografari, volta al soddisfacimento dei creditori tutti sulla base di un piano “attestato” ed approvato nonché omologato dal giudice. Una certa differenza con l’ordinamento statunitense la si ritrova laddove lì è prevista la possibilità di uno “sblocco” delle azioni creditorie (*relief from the stay*)³⁰. Non soffermandoci ora sull’argomento, già trattato nel primo capitolo di questo scritto, vale ora la pena di chiederci per quale motivo nel nostro ordinamento non siano state riportate le disposizioni su questo sblocco delle azioni creditorie. In altri termini visto che il legislatore nostrano ha tratto così largamente ispirazione dalla normativa statunitense, perché non lo ha fatto su questo punto? Per rispondere proviamo a richiamare l’ipotesi più importante e più usuale di sblocco dell’*automatic stay*. Questa riguarda il caso in cui vi sia una presunta mancanza di adeguata protezione (*lack of adequate protection*) del diritto di garanzia di un creditore, talché il bene su cui insiste la garanzia è a rischio svalutazione nelle lungaggini del procedimento; a questo punto, su richiesta del creditore, la Corte fisserà un’apposita udienza per verificare se sussiste tale rischio. Se la risposta è affermativa o gli si assicura un’adeguata protezione o il blocco delle azioni esecutive e cautelari di questo soggetto perde effetto nei suoi confronti. Le vie per assicurare un’adeguata protezione al creditore, evitando così lo sblocco delle azioni, sono sostanzialmente tre: il pagamento periodico di somme di denaro pari alla diminuzione del valore della garanzia; la concessione di garanzia sostitutiva o aggiuntiva; il conferimento al creditore garantito dell’ “indubitabile equivalente del proprio credito”. In particolare, precisando che le tre vie sono tra loro alternative, a noi interessa quest’ultima strada: quella

³⁰ Cfr. Sez. 102(1)(B)(i), U.S. Code; si veda anche *supra*, Capitolo I, paragrafo 5.1., p. 22-25.

dell'indubitabile equivalente. Questo significa che per evitare la caducazione del divieto di cominciare o proseguire azioni esecutive o cautelari basta assicurare al creditore "a rischio" che in ogni caso a seguito dell'esecuzione del procedimento ex Chapter 11 otterrà una soddisfazione non inferiore a quella che potrebbe ottenere col procedimento liquidatorio ex Chapter 7. Ebbene anche la legge fallimentare italiana, già prima della riforma 2012, ha fatto propria questa disposizione. Si fa qui riferimento all'art. 160 comma 2, nella parte in cui dice «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 [...]». Ecco che in un certo senso anche nell'ordinamento italiano si rinvie una disposizione simile a quella dell'indubitabile equivalente, che è peraltro garantita da una figura – quella del professionista stimatore – sconosciuta nell'ordinamento d'oltreoceano ³¹. Visto che anche nell'ordinamento statunitense, dove è previsto questo sblocco dell'*automatic stay*, questo non si applicherà nel caso in cui si riesca ad assicurare che la soddisfazione creditoria non sarà inferiore a quella liquidatoria, uno sgravio dal divieto imposto dall'art. 168 l. fall. non avrebbe senso dato il tenore dell'art. 160, comma 2, l. fall. per cui: o si assicura un pagamento integrale ai creditori muniti di privilegio, pegno, ipoteca, o gli si assicura quell'indubitabile equivalente, *tertium non datur* ³².

³¹ Sul professionista stimatore ed attestatore, cfr. *infra*, capitolo III, paragrafi 1-3.

³² Tra l'altro vi è anche la figura del commissario giudiziale di nomina obbligatoria, il quale redige l'inventario del patrimonio del debitore, seguito da una relazione particolareggiata che riguarda anche le garanzie offerte ai creditori ex art. 172 l. fall.

4. “Correttivi” al blocco delle azioni creditorie

Il 168 l. fall. rappresenta una possibilità che se usata correttamente favorisce l'emersione anticipata della crisi, ma se usata come strumento per paralizzare le azioni creditorie senza intenti realmente risanatori nei confronti dell'impresa può rivelarsi dannosa ³³. Nel novellato 161 l. fall. compaiono due correttivi al *favor debitoris* che rappresentano (o meglio dovrebbero rappresentare) una tutela per i creditori. Il 161 comma 8 l. fall. sancisce che il tribunale, con il decreto con cui concede il termine per presentare il piano e l'ulteriore documentazione, «dispone gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa, che il debitore deve assolvere fino alla scadenza del termine fissato». Il comma 9 prevede invece l'inammissibilità della domanda quando il debitore ne abbia già presentata un'altra nei due anni precedenti e ad essa «non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo «o l'omologazione dell' accordo di ristrutturazione dei debiti» ³⁴. Inoltre alla domanda di pre-concordato bisogna allegare anche i bilanci degli ultimi tre esercizi e ove l'impresa non sia tenuta a renderli un'equivalente documentazione.

Cominciando proprio da quest'ultima disposizione, è lo stesso comma 6 dell'art. 161 l. fall. a prevedere il deposito dei bilanci dei tre esercizi precedenti. La *ratio* risiederebbe proprio nell'evitare il rischio di abusi dell'istituto concordatario ora che vi è la possibilità di ottenere l'*automatic stay* già con la pubblicazione della domanda con riserva e non ponendo in essere quella *disclosure* necessaria per far comprendere al tribunale quali siano i reali intenti del ricorrente. Si fa qui riferimento all'esistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi per accedere alla procedura in modo da scoprire in

³³ Cfr. A. DI IULIO, *Obblighi informativi e nomina dell'ausiliario nella fase di preconcordato: spunti di riflessione*, in *Il fallimentarista*, 13.02.2013; M. FABIANI, *ult. op. cit.*, ivi a p. 3, 14; M. VITIELLO, *Le soluzioni concordate* cit., ivi a p. 7-8.

³⁴ Si noti infatti come un ulteriore vantaggio sia proprio la possibilità di passare dal concordato all'accordo di cui al 182 bis dal deposito della domanda di pre-concordato fino alla presentazione del piano.

tempo quei soggetti che, «lunghi dall'attraversare un vero stato di crisi, vogliono semplicemente non pagare provvisoriamente i propri debiti» ³⁵. Occorrono tuttavia alcune precisazioni. Ci dobbiamo domandare *in primis* se l'allegazione sia d'obbligo anche per quei soggetti che non sono tenuti per legge alla redazione del bilancio, cioè gli imprenditori individuali. Il Tribunale di Milano ha risposto che, nel caso in cui vi siano dubbi sul fatto che il proponente non sia escluso dal fallimento ai sensi dell'art.1, ben si potrà richiedere quantomeno «la produzione di tutta la documentazione che viene solitamente prodotta in sede prefallimentare ai fini dell'accertamento del requisito dimensionale» ³⁶. Bisogna chiedersi inoltre come si debba comportare il ricorrente nel caso in cui non sia stato ancora approvato il bilancio relativo all'anno precedente. In altre parole se basti l'allegazione dei bilanci dei tre esercizi precedenti. Secondo la prassi prevalente al quesito va data risposta negativa, nel senso che occorrerà comunque presentare anche la situazione economico-patrimoniale aggiornata, antecedente di non oltre un mese la data della presentazione della domanda ³⁷. Si precisa che la sanzione nel caso di mancata allegazione dei bilanci (per le imprese non tenute alla redazione degli stessi, dei documenti equivalenti) ed eventualmente della situazione patrimoniale aggiornata è l'inammissibilità del ricorso.

Altro correttivo al *favor debitoris* sta negli obblighi informativi di cui al 161 comma 8, l. fall. Questi sono disposti dal tribunale con il decreto con cui concede il termine di cui all'art.161, comma 6 l. fall. Si tratta ora di capi-

³⁵ Cfr. Tribunale di Milano, Seconda Sez. Civile-fallimenti, Plenum del 18.10.2012, verbale riassuntivo su «Interpretazione delle norme di carattere concorsuale contenute nel Decreto Sviluppo (D.L. n. 83/2012 convertito in legge n. 134/2012). Prassi da adottare. Ulteriori precisazioni rispetto al protocollo deliberato nel plenum di settembre 2012».

³⁶ Cfr. Tribunale di Milano, Seconda Sez. Civile-fallimenti, *Plenum* del 20.09.2012, verbale riassuntivo su «Interpretazione delle norme di carattere concorsuale contenute nel Decreto Sviluppo (D.L. n. 83/2012 convertito in legge n. 134/2012). Prassi da adottare»; M. FABIANI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 4; *Contra* L. PANZANI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 3.

³⁷ Cfr. Trib. Milano, prassi cit.; Trib. Bolzano, 25 settembre 2012, in *Il Fallimentarista*, 04.02.2013; *Contra* Trib. Velletri, 18 settembre 2012, ivi; In dottrina cfr. M. FABIANI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 4; L. PANZANI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 3.

re – seguendo la prassi di alcuni tribunali che già hanno affrontato la questione – quale sia l'estensione di questi obblighi, la cadenza con cui vanno assolti, l'incisività con cui il giudice può verificarne il rispetto e la sanzione in caso di mancato assolvimento degli stessi. Riguardo il contenuto e la cadenza non si consta una vera e propria prassi consolidata in un senso piuttosto che in un altro; il margine discrezionale che sottende l'istituto è tale che ogni tribunale, seppur con delle note comuni, ha dato le soluzioni che più si attagliavano al caso concreto. Solitamente vengono richieste relazioni a cadenza mensile riguardanti sia l'aspetto finanziario della gestione sia quello economico-patrimoniale ³⁸. Il Tribunale di Milano ha inoltre specificato che gli obblighi informativi sono da redigersi a cura dei legali nella forma di brevi atti nei quali devono essere sinteticamente esposte le attività compiute dal debitore. Tuttavia ha individuato alcuni rilievi problematici quali: 1) la mancanza di un organo tecnico che possa coadiuvare il tribunale nella valutazione della documentazione prodotta dalla parte; 2) l'incertezza sulle sanzioni applicabili all'imprenditore che, adempiendo formalmente agli obblighi informativi, renda edotto il tribunale di atti di dispersione, erosione o distrazione patrimoniale, ovvero la propria inerzia nella predisposizione del piano concordatario. Conseguentemente ha consigliato l'imposizione degli obblighi informativi *solo* qualora si tratti di concordati di grandi dimensioni ovvero nel caso in cui il ricorrente faccia particolari richieste (es. finanziamenti, pagamenti, atti di straordinaria amministrazione) e soprattutto nel caso di concordati in continuità o concordati che intervengono senza la

³⁸ Così prassi Trib. Milano cit.; Trib. Velletri cit.; Trib. Modena, 20 ottobre 2012; Trib. Asti, 24 settembre 2012; Trib. Nuoro, 4 ottobre 2012. In dottrina A. DI IULIO, *op. cit.*; F. CANCELLI, *Domanda di concordato con riserva: requisiti formali e di legittimità, fissazione del termine di moratoria ed obblighi informativi*, in *Il fallimentarista*, 04.02.2013; si veda invece Trib. Pisa, decreto 19 settembre 2012, in *Il fallimentarista*, 13.02.2013; Trib. La Spezia, 25 settembre 2012, *ivi*.

previa pendenza di un'istanza di fallimento ³⁹. In risposta alla problematica *sub. 1)* il Tribunale di Terni ha in un caso disposto che gli obblighi informativi debbano essere adempiuti «a firma del professionista che le società devono designare ai sensi dell'art. 161, comma 3» ⁴⁰, richiedendo così una sorta di pre-attestazione rispetto agli atti compiuti medio tempore dal debitore; ovviamente non ha nulla a che fare con l'attestazione sulla fattibilità, ma serve a conferire quel grado di tecnicità che altrimenti il tribunale faticerebbe a raggiungere se non con la nomina di un ausiliario. Il Tribunale di La Spezia ⁴¹ ha proprio nominato due ausiliari, dottori commercialisti, affinché collaborino con il tribunale per valutare le questioni tecniche e riferiscano periodicamente allo stesso sull'operato del debitore ⁴². Quest'ultima prassi è da accogliersi con favore dato che, applicando una norma del c.p.c., in particolare l'art. 68 il quale legittima il tribunale alla nomina di uno o più ausiliari «quando ne sorga la necessità», tende a rispondere alla difficoltà dei giudici di verificare di volta in volta relazioni informative – magari strettamente tecniche – in un periodo certo di sovraffollamento di domande di concordato con riserva. Quanto al problema *sub. 2)*, cioè l'incertezza rispetto ad una sanzione nel caso di adempimento formale degli obblighi informativi ma dai quali si evincono atteggiamenti “scorretti” da parte del ricorrente, se per un inadempimento *tout court* la norma in esame prevede espressamente l'inammissibilità, nulla dice per l'eventualità in cui emerga dalle informazioni periodiche che il ricorrente non ha posto in essere alcuna attività

³⁹ Cfr. Trib. Milano, verbale del *Plenum*, 20 settembre 2012, cit; in realtà, stando al dato letterale del 161, comma 8, l. fall., che dice: «il tribunale dispone», sembrerebbe d'obbligo disporre le relazioni informative; tuttavia il Tribunale di Milano correttamente, ad avviso di chi scrive, ha interpretato la *ratio* di detti obblighi, adattandola poi alle difficoltà pratiche di un periodo in cui i giudici si troveranno sommersi di ricorsi ex art. 161, comma 6, l. fall.

⁴⁰ Cfr. Trib. Terni, decreto 12 ottobre 2012.

⁴¹ Cfr. Trib. La Spezia, decreto 25 settembre 2012, in *Il fallimentarista*, 13.02.2013.

⁴² Si veda anche A. DI IULIO, *op. cit.*; F. CANCELLI, *op. cit.*

diretta alla predisposizione del piano. Il Tribunale di Milano ⁴³ applicando in via analogica l'art. 173, comma 3 l. fall. ha ritenuto che si possa in tale situazione convocare il debitore in camera di consiglio per disporre un'eventuale abbreviazione del termine concesso o per dichiarare la sopravvenuta inammissibilità della domanda ⁴⁴. Altra questione importante attiene alla perentorietà o meno del termine assegnato dal tribunale per evadere gli obblighi informativi; anche qui il dettato normativo non ci aiuta. Si tende a rispondere nel senso della non perentorietà, tanto che il tribunale ben potrà prorogare o ridurre detti termini. Questo anche per il fatto che l'art. 152 c.p.c. consente al giudice di fissare termini processuali a pena di decadenza solo ove la legge lo preveda espressamente ⁴⁵. Ultimo quesito ha a che fare con la possibilità di reclamare il decreto con cui vengono disposti gli obblighi informativi periodici, ad esempio quando il ricorrente li ritiene eccessivamente gravosi. Non essendoci alcuna normativa speciale in tema di concordato che neghi la reclamabilità del decreto in parola si può applicare l'art. 26 l. fall., il quale prevede che i decreti emessi dal tribunale sono reclamabili dinanzi alla Corte d'Appello.

Quanto all'ultimo correttivo al *favor* dell'*automatic stay*, esso è previsto dal comma 9 dell'art. 161 e consiste semplicemente nell'inammissibilità della domanda concordataria quando il debitore ne abbia già presentata un'altra nei due anni precedenti e non ne abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione degli accordi di ristrutturazione ⁴⁶. Nel Chapter 11 statunitense non esiste tale preclusione tuttavia dalla riforma del 2005, BAPCPA ⁴⁷, è previsto che chi si è visto già rigettare un'istanza di Chapter 7, 11, 13, nell'anno precedente beneficerà di un *automatic stay* solo di 30 giorni e nel caso in cui avesse subito per ben due volte

⁴³ Sempre nel *Plenum* del 20 settembre 2012.

⁴⁴ Cfr. A. DI IULIO, *op. cit.*

⁴⁵ Cfr. Cass., 9 marzo 2000, n. 2673.

⁴⁶ Cfr. anche Trib. Milano, *Plenum* del 20 settembre 2012, cit.

⁴⁷ Di cui *supra*, capitolo I, paragrafo 11, p. 55.

nell'anno precedente il rigetto non avrà diritto ad alcun blocco delle azioni creditorie.

5. Contenuto della domanda di pre-concordato e ruolo del tribunale nella fase interinale

La domanda nel caso di pre-concordato deve presentare almeno i seguenti requisiti:

- 1) l'individuazione del tribunale ritenuto competente (e quindi adito), allegando anche il certificato del registro delle imprese, proprio per favorire la determinazione della competenza;
- 2) la sottoscrizione del legale rappresentante della società;
- 3) la richiesta del termine di 60-120 giorni per presentare la documentazione aggiuntiva; nel caso di mancanza di tale richiesta verrà considerata una domanda di concordato definitiva e pertanto inammissibile per difetto di prova in merito ai presupposti di ammissibilità; se invece è richiesto genericamente un termine, senza specificarne quale, ovvero se la richiesta di un termine più lungo risulta immotivata o non documentata, si concederà il termine minimo di 60 giorni (che può essere aumentato di 5-10 giorni per esigenze di cancelleria) ⁴⁸;
- 4) la delibera dell'organo amministrativo di cui all'art. 152 l. fall., salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto ⁴⁹;
- 5) l'allegazione dei bilanci degli ultimi tre esercizi, secondo le precisazioni dette poco *supra*, comprensivi di una situazione patrimoniale aggiornata e, ove l'impresa non sia tenuta a redigerli, l'equivalente documentazione.
- 6) FACOLTATIVO: uno storico dell'impresa, comprese anche le indicazioni di ciò che ha determinato la crisi; questo servirà per rendere più age-

⁴⁸ Cfr. Sempre Trib. Milano, *Plenum* cit.

⁴⁹ Cfr. M. FABIANI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 4; F. CANCELLI, *op. cit.*

vole la verifica dei requisiti di accesso al concordato di cui agli artt. 1, 5, 160, l. fall.

Il contenuto minimo è ammissibile – sempreché non siano chieste autorizzazioni particolari al tribunale – proprio per la natura ibrida della domanda con riserva; infatti ancora non si sa quale sarà l'intento del ricorrente che sarà in effetti esplicitato al momento di presentare la proposta e il piano. Per di più il debitore ben potrà scegliere la strada degli accordi di ristrutturazione sfruttando la passerella al 182 bis, l. fall. Vi è pertanto chi ritiene che più che di pre-concordato, che allude alla presentazione di una domanda di concordato definitivo, si deva parlare di «procedura meramente prenotativa», così da rimarcare la non necessaria indicazione della volontà di avvalersi di un istituto piuttosto che di un altro, volontà che seppur indicata non è assolutamente vincolante ⁵⁰.

Tuttavia in alcune ipotesi (per sfruttare a pieno l'istituto ottenendo particolari autorizzazioni) non sarà possibile presentare semplicemente una domanda “in bianco”, ossia con contenuto minimo; esso dovrà invero essere arricchito di quegli elementi che mettano il tribunale in condizione di decidere sulle autorizzazioni richieste ⁵¹. Quando viene presentata una richiesta di autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione il debitore dovrà fornire gli elementi utili a valutare se l'atto sia effettivamente di straordinaria amministrazione e a dimostrarne la coerenza rispetto alle linee guida del piano e della proposta. Tenzionalmente il Tribunale di Milano richiede che «siano indicati i caratteri di massima del concordato, le voci attive e passive dell'impresa, gli atti di gestione che si intendono compiere previa autorizzazione con l'illustrazione delle relative finalità, gli oneri che conseguiranno al compimento degli atti di ordinaria amministrazione. In mancanza di tali indicazioni, quando si richieda l'autorizzazione sulla ba-

⁵⁰ Così F. LAMANNA, *E' corretto parlare* cit. in nota 1.

⁵¹ Cfr. F. FALDI, *op. cit.*; M. FABIANI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 6; F. MARELLI, *op. ult. cit.*; prassi Trib. Milano, *Plenum* del 20 settembre 2012 cit. e *Plenum* del 18 ottobre 2012 cit.

se «del concordato che si andrà a presentare» e non si aggiunga null'altro, il tribunale dovrebbe dichiarare inammissibile la domanda ⁵². Per quanto riguarda poi il contenuto della domanda nel caso di autorizzazione a contrarre finanziamenti “in corso” di procedura (ex art.182 quinquies, l. fall.), a sciogliere i contratti pendenti (ex art.169 bis, l. fall.), a pagare i crediti anteriori (ex art.182 quinquies, comma 4, l. fall.), verranno esaminati *infra* ciascuno nell'ambito dell'istituto che lo riguarda ⁵³.

Rimane ora da precisare quale sia il ruolo del tribunale in questa fase interinale. Per prima cosa esaminata ogni nuova domanda, il Presidente della Sezione nomina un giudice relatore che resterà lo stesso – come giudice delegato – anche nella procedura conseguente si tratti di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall.; della domanda di pre-concordato va dato avviso al P.M. Il Presidente deve poi dare disposizione alla cancelleria di inserire nella copertina di ogni domanda di concordato la dicitura «pre-concordato» quando essa abbia tale natura in modo da rendere immediatamente evidente che il ricorso esige solo una decisione sul termine. La cancelleria dovrà precisare sulla medesima copertina se pende già una domanda di fallimento; provvederà inoltre a controllare che sulle copertine delle procedure pre-fallimentari sia indicato se il debitore ha presentato domande di concordato o preconcordato o di omologa di accordi; ciò farà al momento stesso in cui tali domande sono presentate riunendole alle procedure pre-fallimentari pendenti ⁵⁴. A questo punto il tribunale dovrà verificare:

1) la propria competenza ex art. 9 e 161, l. fall.;

2) la regolarità formale della domanda, accertando la sussistenza dei necessari poteri in capo al soggetto che l'ha sottoscritta, eventualmente anche attraverso l'acquisizione delle delibere assembleari;

⁵² Cfr. *Plenum* Trib. Milano, 10 ottobre 2012 cit.

⁵³ Cfr. *Infra*, Capitolo IV.

⁵⁴ Di cui ampiamente nel paragrafo seguente.

3) che nel biennio precedente l'imprenditore non abbia presentato analoga domanda senza esito positivo.

Il giudice relatore su delega del Presidente potrà effettuare una breve pre-istruttoria e verificare la presenza della documentazione necessaria. Il decreto di concessione del termine di cui al 161, comma 6, l. fall. e che dispone se del caso gli obblighi informativi periodici (di cui *supra*) è sempre e solo del Collegio. Se il debitore non presenta entro il termine fissato, né una domanda di concordato completa, né una domanda di omologa di a.d.r., si applicherà l'art. 162, commi 2,3, l. fall. Il tribunale può quindi procedere, previa convocazione del debitore, ad una dichiarazione d'inammissibilità o, in presenza dei relativi presupposti, di fallimento.

6. Problemi di coordinamento con la procedura fallimentare. Il comma 10 del 161 l. fall.

Ormai da tempo si assiste alla *querelle* riguardante la prassi che i tribunali dovrebbero adottare in caso di domanda di concordato preventivo posta in essere in pendenza di una procedura prefallimentare. Più precisamente ci si chiede se il deposito di una domanda di concordato preventivo precluda *automaticamente* la dichiarazione di fallimento sino al momento in cui non sia definitivamente accertata l'impossibilità di utilizzare la soluzione alternativa al fallimento. Le risposte in dottrina e giurisprudenza sono state le più varie; proveremo ora a ripercorrere il filo conduttore della Suprema Corte, la quale si è recentemente espressa sul punto con la sentenza a Sezioni Unite, n. 1521/2013. Tuttavia arriveremo a dire che, anche su questa tematica, la pronuncia non si dimostra più di tanto esplicativa, perché pur essendo abbastanza esplicita sulla soluzione da adottare non tiene conto di un'importante modifica che sembra proprio porsi a favore della tesi opposta rispetto a quella preferita dai giudici delle SS.UU.

Il “*criterio della prevenzione*” del concordato rispetto al fallimento era piuttosto in voga prima della modifica dell’art.160 l. fall.⁵⁵, il quale conteneva un inciso secondo cui il debitore poteva proporre concordato preventivo «fino a che il suo fallimento non è dichiarato». Questa disposizione veniva interpretata dai più con la necessità di un rigido di coordinamento tra le due procedure per cui le istanze volte ad ottenere una sentenza dichiarativa di fallimento divenivano *improcedibili* sino a che non vi fosse stata una decisione inoppugnabile della domanda concordataria⁵⁶. Altra tesi, sempre a favore della priorità della trattazione della domanda di concordato, auspicava più che l’improcedibilità delle istanze di fallimento, una loro *sospensione* per pregiudizialità ex 295 c.p.c.⁵⁷. Con la riforma 2005-2006 l’eliminazione di quell’inciso all’art.160 l. fall. portò molti operatori del settore concorsuale ad un cambio di rotta, dirigendoli verso la tesi secondo cui la domanda di concordato preventivo non avrebbe determinato né improcedibilità, né sospensione ex 295 c.p.c.; doveva quindi essere «il tribunale adito a valutare di volta in volta la ricorrenza delle ragioni di opportunità per il differimento dell’udienza»⁵⁸. La stessa Cassazione si è pronunciata più volte favorevolmente rispetto a tale nuovo orientamento di “non pregiudizialità”⁵⁹.

⁵⁵ Ad opera della riforma 2005-2006.

⁵⁶ Cfr. Cass., Sez I, 24 ottobre 2012, n. 18190 – Pres. Fioretti – est. Cultrera, in *Il Fallimento*, 2012, 12, p. 1408; Cass. 28 agosto 1997, n. 8152; In dottrina cfr. P. GENOVIVA, *Rigetto della proposta di concordato preventivo e dichiarazione di fallimento: questioni di diritto processuale e transitorio*, in *Il Fallimento*, 2009, p. 63; A. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca Legge fallimentare* a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Bologna, Zanichelli-Roma, *Il foro italiano*, 1979, p. 29.

⁵⁷ Cfr. App. Milano, 29 giugno 2011, in *Redazione Giuffrè*, 2011; App. Torino, 17 luglio 2008; In dottrina M VACCHIANO, *Revoca e modifica della proposta di concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2011, p. 63. A rigore però la sospensione ex 295 c.p.c. è riferita al caso di pendenza davanti a giudici diversi; invece in questo caso si sta trattando la pendenza dinanzi al medesimo ufficio giudiziario, per cui sarebbe meglio parlare di riunione.

⁵⁸ Cfr. Per tutte Trib. Milano, 10 novembre 2009; In dottrina A. GIOVETTI, *Il nuovo preconcordato: profili di inammissibilità ed abuso del diritto*, in *il Fallimentarista*, 20.02.2013; F. DE SANTIS, *Legittimazione ad agire del Pubblico Ministero per la dichiarazione di fallimento e rapporti con le procedure concorsuali alternative*, in *Il Fallimento*, 2010, p. 436.

⁵⁹ Cfr. Cass., Sez I, 24 ottobre 2012, n. 18190 – Pres. Fioretti – Est. Cultrera, in *Il Fallimento*, 2012, 12, p. 1408; Cass. Sez. VI, 8 febbraio 2011, n. 3059 – Pres. Proto – Rel.

La prima delle sentenze del giudice di legittimità che esclude che il debitore abbia un vero e proprio diritto al differimento della trattazione dell'istruttoria prefallimentare per poter utilizzare la via alternativa del concordato preventivo è la Cass. 4.9.2009, n. 19214 (rel. Piccinini) ⁶⁰ in cui si sostiene che: «la recente riforma della legge fallimentare [del 2007], per quanto abbia accentuato i profili negoziali e privatistici della procedura, non ha eliminato gli aspetti pubblicistici che le sono propri, e pertanto da ciò consegue la legittimità di un ***bilanciamento ad opera del giudice fra le iniziative riconducibili alle espressioni di autonomia negoziale delle parti e le esigenze di tutela degli interessi al cui soddisfacimento è finalizzata la procedura fallimentare***» ⁶¹. Conformemente a questa anche la Cass. Sez. VI, 8 febbraio 2011, n. 3059 (rel. Macioce) nega la sospensione ex 295 c.p.c., motivando che non vi sarebbe ragione di concederla dato che manca la pregiudizialità tra le due procedure, perché il «processo pregiudicante» non ha ad oggetto una situazione sostanziale che rappresenti il fatto costitutivo o elemento fondante della situazione sostanziale del «processo pregiudicato»; aggiunge inoltre che il rapporto tra le due procedure è di «consequenzialità» (tra il fallimento e il concordato preventivo) e di «assorbimento» (dei vizi del diniego del concordato rispetto l'impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento); quindi tra i due procedimenti vi è «***una mera esigenza di coordinamento***» ⁶². Infine la Cass., Sez I, 24 ottobre 2012, n. 18190 (est. Cultrera) ⁶³ esclude che la facoltà per il debitore di proporre una procedura concorsuale alternativa rappresenti un fatto impeditivo

Macioce; Cass. 4.9.2009, n. 19214 – Pres. Proto – Rel. Piccininni, in *Il Fallimento*, 2010, p. 427 ss; *Contra* Cass. 5.6.2009, n. 12986, Pres. Proto - Rel. Nappi, in *Il Fallimento*, 2010, p. 445 ss.

⁶⁰ Cfr. Cass. 4.9.2009, n. 19214, pres. Proto - rel. Piccininni, in *Il Fallimento*, 2010, p. 427 ss.

⁶¹ Grassetto e corsivo aggiunti.

⁶² Grassetto e corsivo aggiunti.

⁶³ Cfr. Cass., Sez I, 24 ottobre 2012, n. 18190 – Pres. Fioretti – Est. Cultrera, in *Il Fallimento*, 2012, 12, p. 1408.

rispetto alla dichiarazione di fallimento, *trattandosi della semplice esplicazione di un diritto di difesa*, che non contempla la possibilità di «disporre unilateralmente e potestativamente dei tempi del procedimento fallimentare», incidendo negativamente sul principio costituzionale della ragionevole durata del processo e paralizzando altresì le future iniziative recuperatorie del curatore ⁶⁴.

Le Sezioni Unite ⁶⁵, riprendendo brevemente queste pronunce precedenti, sanciscono quindi l'autonomia tra le due procedure e aggiungono che sarà il giudice caso per caso a valutare gli interessi in gioco e a decidere quale delle due strade percorrere ⁶⁶. La Suprema Corte sembra trascurare un dato normativo di notevole impatto introdotto dalla riforma 2012; si tratta del comma 10 dell'art. 161 l. fall. secondo cui nel caso di domanda di concordato "con riserva" (ai sensi del comma 6 dell'art. 161 l. fall.) presentata in pendenza di un procedimento prefallimentare il termine per depositare piano, proposta e l'ulteriore documentazione è quello minimo di sessanta giorni (prorogabile, per giustificati motivi di altri sessanta). Questa disposizione sarebbe a detta di diversi Autori la riprova del carattere pregiudiziale del concordato (anche in bianco) rispetto l'istanza o richiesta di fallimento ⁶⁷. Il fatto che il legislatore abbia considerato il seppur minore termine di sessanta giorni – peraltro utilizzando al comma 6 il verbo «fissato» anziché "concesso" e sancendo al comma 10 «il termine è», anziché "può concedere un termine di" – è chiara espressione di una volontà di netta prevalenza

⁶⁴ Grassetto e corsivo aggiunti.

⁶⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521 – Pres. Preden – Est. Piccinini, in *Il Fallimentarista*, 20.02.2013.

⁶⁶ Cfr. Sulla portata di una tale previsione, proprio ad opera della Suprema Corte nella sua massima espressione, in tema di incisività dei poteri del tribunale nel concordato preventivo e nella fattibilità del piano dello stesso, si veda *infra*, Capitolo III, paragrafo 8.

⁶⁷ Cfr. A. GIOVETTI, *op. cit.*; L. PANZANI, *op. cit.*; F. LAMANNA, *Pre-concordato e procedura prefallimentare pendente: il termine minimo e l'oscuro riferimento al decreto di rigetto dell'istanza di fallimento*, in *il Fallimentarista*, 29.10.2012, ivi a p. 1; F. ROLFI, *I rapporti tra concordato preventivo e dichiarazione di fallimento: equivoci processuali di una questione sostanziale*, in *il Fallimentarista*, 07.02.2013; in giurisprudenza cfr. Trib. Terni, 25 febbraio 2013.

dell'istituto concordatario. In altre parole dicendo che deve fissare il termine minore dà per implicito che bisogna pur concedere al debitore ricorrente un periodo per preparare il piano, la proposta e gli altri documenti senza doversi preoccupare della pendente istanza di fallimento. Che poi il termine sia quello più breve è una scelta derivante dalla preoccupazione insita nel legislatore di un eventuale utilizzo distorto dello strumento concordatario e soprattutto della sua variante “in bianco”; si vuole scongiurare la possibilità che chi ricorre a questo istituto – ora davvero agevolmente senza dover per forza avere pronta la documentazione necessaria – lo faccia trovandolo un comodo espediente per prender tempo ed evitare il fallimento.

Il 161, comma 10, l. fall. contiene un inciso che fa anch'esso discutere: «fermo restando quanto disposto dall'art. 22, primo comma» ⁶⁸. Non è chiaro quale sia lo scopo di tale rinvio “conservativo” di quel «fermo restando» riferito ad una norma che disciplina il rigetto dell'istanza fallimentare e nulla più ⁶⁹. Vi è da una parte chi lo interpreta nel senso che il tribunale sia obbligato a concedere il termine più breve a meno che non decida di rigettare immediatamente l'istanza fallimentare e così potrà anche decidere di concedere un termine più lungo ⁷⁰, dall'altra chi lo interpreta nel senso che il procedimento prefallimentare – in presenza del quale il termine da fissare è sempre e comunque di sessanta giorni – deve considerarsi pendente anche quando il tribunale abbia già rigettato un'istanza o richiesta di fallimento con decreto non ancora divenuto definitivo ⁷¹. In ogni caso comune alle due interpretazioni è l'intenzione di considerare la prevalenza concordataria, la quale viene riconosciuta proprio perché «essendo una procedura concorsuale preventiva ed alternativa rispetto al fallimento, l'istanza o la richiesta

⁶⁸ Il quale sancisce che «il tribunale, che respinge il ricorso per la dichiarazione di fallimento, provvede con decreto motivato, comunicato a cura del cancelliere alle parti».

⁶⁹ Cfr. anche F. LAMANNA, *Pre-concordato* cit., ivi a p. 2.

⁷⁰ Così Trib. Terni 25 febbraio 2013; L. Panzani, *op. cit.*

⁷¹ Così F. LAMANNA, *ult. op. cit.*, ivi a p. 3.

di fallimento pendenti o sopravvenute non possono essere esaminate e decise prima della domanda di concordato»; perciò il fallimento non potrà essere mai dichiarato prima che il tribunale abbia valutato negativamente la sussistenza dei presupposti di ammissibilità del concordato ⁷².

Gli interessi contrapposti in questa *querelle* sono due: quello creditizio a promuovere il fallimento contro il debitore insolvente e quello del debitore che vuole fruire delle misure alternative per la risoluzione della crisi. La riforma del D.L. “Sviluppo” propendere per un *favor* particolare per la continuazione dell’impresa come valore aggiunto rispetto alla mera liquidazione concorsuale. Lo dimostrano le molte modifiche che abbiamo analizzato e che analizzeremo. Non pare proprio che in una concezione sempre più “negoziale” e sempre meno sanzionatoria delle procedure concorsuali si debba ritenere che sia il tribunale a dover decidere quale delle due soluzioni preferire o (il che è lo stesso) quale degli interessi debba prevalere nel caso concreto e, qualora lo reputi giusto, continuare con la fase prefallimentare non dando conto delle sue valutazioni sull’ammissibilità del concordato; il tutto non lasciando spazio alla scelta dei creditori. Infatti se il tribunale non motivasse il rigetto del concordato dandolo implicito nel fatto che decide di proseguire con la procedura fallimentare non si riuscirebbe agevolmente a distinguere i casi in cui lo reputi inammissibile per mancanza di alcuni requisiti dai casi in cui lo consideri “infattibile” e quindi decida arbitrariamente di entrare nel merito di una questione che, a quanto dice la stessa Cassazione nella medesima sentenza, non gli compete in quanto rimane controllore della sola legittimità. La sentenza della Suprema Corte se interpretata nel senso di una totale mancanza di pregiudizialità (anche logica) conferirebbe questo potere molto incisivo ai giudici di merito, ma verrebbe con-

⁷² Cfr. F. LAMANNA, *ult. op. cit.*, ivi a p. 2; M. FABIANI, *ult. op. cit.*, ivi a p. 13; A. BONSIGNORI, *op. cit.*, ivi a p. 29; P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 810 ss.; A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, CEDAM, 2009, p. 917.

traddetta nella prassi odierna dagli autorevoli esponenti citati. Tuttavia si tratta di una pronuncia a Sezioni Unite che, per quanto interlocutoria, dimostra un certo *favor* per l'autonomia dei due procedimenti concorsuali e di questo non si può non tenerne conto. Cercando quindi un'interpretazione conciliante con la realtà normativa si può ritenere che l'orientamento dei Supremi Giudici di legittimità non vada a travolgere quell'innegabile nesso di pregiudizialità logica che sussiste tra concordato e fallimento ⁷³, ma semmai ad escludere una volta per tutte quell'automatismo che indurrebbe a dichiarare improcedibili o a sospendere ex 295 c.p.c. le istanze o le richieste di fallimento ogniqualvolta sopraggiunga una domanda di concordato preventivo. Pertanto non si deve interpretare la sentenza in parola come volta ad escludere una qualsiasi pregiudizialità anche funzionale tra i due procedimenti; sarà il giudice a valutare se procedere o meno con la dichiarazione di fallimento, ma lo farà necessariamente dopo aver valutato, anche solo implicitamente, i requisiti di ammissibilità della domanda concordataria. Quanto poi al concordato in "bianco" il tribunale non avrà davanti a sé tutti gli elementi per decidere anche perché, per le poche informazioni che ha dinanzi, il concordato ben potrebbe essere stato proposto solo a fini dilatori, per cui darà un termine di sessanta giorni (appositamente più breve) e deciderà solo quando avrà cognizione di tutto ciò che gli serve per comprendere gli intenti del ricorrente. Quindi questa assenza di pregiudizialità (intesa in senso stretto) tra le procedure non andrebbe a precludere l'esame preventivo del concordato da parte del tribunale, ma semmai pur analizzando anteriormente lo strumento alternativo al fallimento i giudici potranno decidere loro se sospendere il procedimento fallimentare ovvero continuarlo, dando così un'implicita risposta negativa sull'ammissibilità del concordato. Certo il rischio è, come detto poco *supra*, che nel decidere implicitamente (seppur comunque preventivamente) sul concordato senza motivare espressamente

⁷³ Cfr. F. ROLFI, *op. cit.*

il suo rigetto, non sarà sempre facile comprendere le ragioni dello stesso. In particolare se questo esito negativo sia dovuto in realtà ad un'indagine del tribunale che va un po' più in là della semplice verifica sulla legittimità ancorché sostanziale della soluzione concordataria, sconfinando invece in un territorio, quello della fattibilità ⁷⁴.

A questo punto è doveroso fare un breve cenno alla prassi di alcuni Tribunali sul punto. Il Tribunale di Milano ⁷⁵ opta per la riunione delle due procedure con conseguente sospensione del procedimento pre-fallimentare «fino alla definizione» della procedura concordataria; specificando che per definizione si intende: l'omologa o gli eventuali provvedimenti che rendano improseguibile la procedura, quali la dichiarazione di inammissibilità, rigetto della domanda, revoca dell'ammissione ex 173 l. fall.; mancata approvazione dei creditori; rigetto dell'omologa. Non si tratta quindi di una sospensione fino al definitivo accertamento dell'insuccesso della procedura concordataria ma semplicemente di una prassi adottata per esigenze di speditezza e coerenza procedurale. Invece il Tribunale di Terni ⁷⁶ dopo aver constatato che il *favor* del legislatore pende prevalentemente per la soluzione concordataria, prendendo atto anche della pronuncia delle SS. UU., conclude per la precedenza dell'istanza di fallimento *solo* in presenza di una delle tre ipotesi tra loro alternative di domanda di ammissione a concordato preventivo:

- 1) «non rituale e completa, ai sensi degli artt. 160 e 161 l. fall.»;
- 2) configurante «una evidente forma di abuso dello strumento concordatario, anche attraverso condotte penalmente sanzionabili»;
- 3) che «pregiudichi, definitivamente e in concreto, una più proficua liquidazione fallimentare, in danno della massa dei creditori».

⁷⁴ Cfr. *Infra*, Capitolo III, paragrafo 7.1; F. LAMANNA, *L'indeterminismo* cit., p. 27.

⁷⁵ Cfr. *Plenum* Trib. Milano, 10 ottobre 2012 cit.

⁷⁶ Cfr. Trib. Terni, decreto cit.; cfr. anche Trib. Terni 18 luglio 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. 749.

Il Tribunale suddetto dimostra quindi una chiara preferenza per l'istituto concordatario, tenendo però bene in conto la sua funzione anche di "vigile" rispetto ad eventuali domande concordatarie con scopi meramente dilatori⁷⁷.

Per concludere è il caso quindi ribadire che la Suprema Corte rifugge apertamente la tesi dell'automatica improcedibilità o quella dell'automatica sospensione della procedura prefallimentare, sottolineando che non vi sarebbe un rapporto di pregiudizialità giuridica in senso stretto tra le due procedure. Tuttavia pur non dicendolo espressamente lascia ben intendere che vi sia invece l'innegabile nesso di pregiudizialità logica. Quindi il tribunale ben potrà decidere sulla sospensione o meno del procedimento prefallimentare a seconda dei casi ma comunque darà precedenza all'istituto concordatario, in quanto le norme dimostrano sempre più chiaramente quanto tale preferenza sia auspicata, solo che tale eventuale strada privilegiata per la misura alternativa al fallimento non è imposta da automatismi procedurali come si sosteneva negli anni passati.

Finora abbiamo delineato l'ipotesi di procedure pendenti dinnanzi ad un medesimo giudice. Rimane però un'ulteriore nodo problematico, quello riguardante una procedura prefallimentare e una domanda di concordato preventivo proposte dinnanzi a due giudici diversi, in particolar modo nel caso in cui si ritengano ambedue competenti e si configuri quello che è un "*conflitto positivo di competenza*". Ci si chiede quale sia il criterio da applicare in tale ipotesi. Se si applicasse l'art. 9 ter l. fall. anche al conflitto positivo tra un concordato preventivo e un'istanza di fallimento ambedue i giudici potrebbero andare avanti fino a pronunciare sentenza senza sospendere l'uno o l'altro procedimento e solo in seguito verrebbe sollevato il regolamento di competenza ex art. 45 c.p.c. Invece considerando una "prevalenza" dell'istituto alternativo al fallimento il giudice adito con l'istanza o richiesta

⁷⁷ Di cui anche F. ROLFI, *op. cit.*; A. GIOVETTI, *op. cit.*

di fallimento (non importa se per primo o per secondo) dovrebbe in ogni caso sospendere la trattazione per improcedibilità della stessa e l'uno o l'altro dovrebbero sollevare il regolamento di competenza. Altra soluzione potrebbe essere anche quella di considerare non improcedibile il procedimento fallimentare, ma di sollevare preventivamente il regolamento di competenza. Invero anche alla luce di quanto detto *supra* sulla non obbligatoria pregiudizialità tra le due procedure pare si debba propendere per quest'ultima soluzione, non trovando qui applicazione gli artt. 9 bis e 9 ter l. fall. La Suprema Corte nella pronuncia Cass., n. 15440/2011 (rel. Ragonesi) sottolinea che, dato l'interesse dei creditori alla concentrazione delle procedure e preso atto dei peculiari principi ispiratori della normativa fallimentare (in particolare, di quello, fondamentale, della unitarietà della procedura concorsuale), è ammissibile la proposizione di istanza di regolamento di competenza ovvero la richiesta di ufficio del medesimo innanzi alla Corte di Cassazione per la risoluzione del conflitto. La Suprema Corte aggiunge che il regolamento di competenza d'ufficio per un conflitto virtuale positivo può essere proposto anche in caso di ammissione al concordato preventivo dinanzi ad un tribunale diverso da quello avanti al quale è stata presentata istanza di fallimento posto che la detta ammissione non comporta l'improcedibilità di quest'ultima domanda, dovendosi pregiudizialmente risolvere il problema della competenza ai sensi dell'art. 9 legge fall. ⁷⁸. Potrebbe anche darsi il caso che entrambi i giudici aditi siano effettivamente competenti e si riconoscano vicendevolmente la loro competenza. In questa circostanza non sarà quindi sollevato un regolamento preventivo di competenza. Attendendo risposte sul punto, potremmo immaginare che in tali ipotesi prevalga il giudice che per primo arrivi a sentenza; insomma essendo entrambi

⁷⁸ Cfr. Cass., Sez. VI, 13 luglio 2011 n. 15440 – Pre. Plenteda - Rel. Ragonesi; Cass., n. 8413/2000; Cass., n. 8152/1997; In dottrina cfr. M. DI PIRRO, *Il nuovo concordato preventivo*, Piacenza, LaTribuna, 2012, p. 50-51.

competenti il coordinamento tra le due procedure sarà attuato successivamente.

7. Il concordato in bianco come “passerella” verso l’accordo di ristrutturazione dei debiti

Un'altra disposizione di notevole rilevanza contenuta all'interno dell'art. 161, comma 6, l. fall. permette al debitore che ha presentato domanda di concordato con riserva di depositare, entro il termine fissato di 60- 120 giorni, una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 bis, comma 1, l. fall. con la conseguenza che anche in questo caso beneficerà degli effetti favorevoli che scaturiscono dalla presentazione (o dalla pubblicazione) di una domanda di concordato in bianco.

Il debitore per ottenere l'omologazione dell'a.d.r. dovrà giungere ad un accordo con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti inoltre dovrà presentare una relazione redatta da un professionista (designato dal debitore e in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall.) «sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo con particolare riferimento all'idoneità dello stesso ad assicurare *l'integrale pagamento dei creditori estranei* nel rispetto dei seguenti termini: a) entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data; b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione». Un primo *favor* che la riforma ha riservato agli accordi di cui al 182 bis riguarda il concetto di «pagamento integrale» e non più «regolare» dei creditori estranei; prima del D.L. 83/2012 non vi era univocità di pensiero circa l'interpretazione del termine “regolare”. Secondo un'interpretazione giurisprudenziale minoritaria si doveva intendere non so-

lo integrale, ma anche puntuale pagamento ⁷⁹. Oggi il dubbio è fugato dal chiaro tenore dell'articolo 182 bis, comma 1, l. fall. secondo cui il pagamento è solamente integrale e può avvenire nel termine di 120 giorni con diversa decorrenza a seconda della scadenza dei crediti al tempo dell'omologazione ⁸⁰.

Stando al comma 2 dell'art. 182 bis, l. fall. dal giorno della pubblicazione nel registro delle imprese dell'accordo omologato scattano alcuni importanti effetti, di cui al comma 3 dello stesso articolo. Essi sono in particolare l'*automatic stay* ⁸¹ (di cui *supra*) e il divieto di acquisire titoli di prelazione non concordati. Si può ottenere il divieto di iniziare e proseguire le azioni esecutive e cautelari per i crediti anteriori in un momento precedente facendo apposita istanza ex art. 182 bis., comma 6 e depositando la documentazione ivi richiesta. Tuttavia bisogna che il debitore presenti una proposta di accordo corredata da un'autocertificazione attestante che vi sono in corso trattative sulla proposta con i creditori che rappresentano il sessanta per cento dei crediti e da un'attestazione del professionista, munito dei requisiti suddetti, circa l'idoneità della proposta, se accettata, «ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori coi quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare». Questa anticipazione del comma 6 dell'art. 182 bis era già presente prima della riforma, ma presentando requisiti così stringenti non incentivava più di tanto ad intraprendere la strada dell'a.d.r. La riforma odierna dà invece la possibilità al creditore di beneficiare degli effetti della presentazione di una domanda di pre-concordato pur avendo già in mente di depositare, dopo i 60 o 120 giorni di cui al 161, comma 6, l. fall., una domanda di omologa di un a.d.r.

⁷⁹ Cfr. Trib. Milano, 21 dicembre 2005, in *Il Fallimento*, 2006, p. 670.

⁸⁰ Sulla portata di questa moratoria e sul pagamento degli interessi nel periodo dei 120 giorni, si veda S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Il Fallimento*, 2012, 10, p. 1137 ss; F. LAMANNA, *Il c.d. Decreto Sviluppo* cit., ivi a p. 14; M. FABIANI, *Riflessioni precoci* cit., ivi a p. 8; M. VITIELLO, *Soluzioni concordate* cit., ivi a p. 14.

⁸¹ Cfr. S. AMBROSINI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 1142; F. LAMANNA, *op. ult. cit.*, ivi a p. 26.

Novità che sicuramente sarà accolta con favore, perché non solo si otterranno così i benefici suddetti con uno sforzo minore, ma si potrà usufruire anche dell'inefficacia delle ipoteche iscritte nei novanta giorni anteriori alla pubblicazione del ricorso di cui all'art. 168, comma 3, l. fall. Quindi a detta di numerosi Autori il passaggio da concordato ad a.d.r. sarà preferito anche qualora il debitore già abbia in corso trattative per raggiungere un accordo di cui al 182 bis, poiché la presentazione della domanda di pre-concordato è più vantaggiosa ma anche più semplice da ottenere rispetto al 182 bis, comma 6 l. fall. ⁸².

Sorge però un problema di coordinamento tra i due istituti (concordato e a.d.r.). Ci si chiede che fine facciano gli effetti derivanti dalla pubblicazione di una domanda di concordato in bianco nel caso di passaggio all'a.d.r. L'articolo 161, comma 6, l. fall. recita: «con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso», ma cosa accade dopo l'omologazione di un a.d.r.? Gli effetti tipici comuni ad entrambi gli istituti si conserveranno ma gli effetti che sono previsti solo dal concordato preventivo e non dall'a.d.r.? In particolare il problema si è posto in relazione alla disciplina dei contratti pendenti. Il legislatore del D.L. Sviluppo, come vedremo *infra* ⁸³, ha introdotto l'art. 169 bis, secondo il quale il debitore può chiedere al tribunale l'autorizzazione a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso di cui al 161, l. fall. Non si specifica però se per ricorso si debba intendere anche il concordato con riserva, visto il generico richiamo al 161 l. fall. Vi è chi non esclude l'applicazione di detto istituto al pre-concordato, ma, in caso di passaggio

⁸² Cfr. S. AMBROSINI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 1144; L. PANZANI, *Il concordato in bianco* cit., ivi a p. 9; M. VITIELLO, *op. ult. cit.*, ivi a p. 14; F. MARELLI, *Domanda di concordato presentabile «con riserva»*, in *Guida al Diritto*, 14.07.2012, n. 29, p. 34 ss.; M. FABIANI, *Vademecum* cit., ivi a p. 11; F. ROLFI, *Gli accordi di ristrutturazione: profili processuali e ricadute sostanziali*, in *Il Fallimento*, 2011, p. 109; G. B. NARDECCHIA, *Il divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive. La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fallimento*, 2011, p. 705.

⁸³ Cfr. *Infra*, Capitolo IV, paragrafi 9-14.

all'accordo di ristrutturazione, sostiene il venire meno retroattivamente degli effetti del 169 bis ⁸⁴; più precisamente gli effetti di detto articolo partono dal momento di pubblicazione della domanda di pre-concordato, ma i rapporti giuridici pendenti entrano in una fase di quiescenza fino al decreto di ammissione alla procedura, di cui all'art. 163 l. fall. In altri termini la decorrenza temporale degli effetti del 169 bis va riferita alla pubblicazione della domanda, anche di pre-concordato, ma sospensivamente condizionata alla apertura della procedura di concordato preventivo. Quindi ove nel termine fissato dal tribunale il debitore abbia optato per il deposito di un accordo di ristrutturazione dei debiti gli effetti del 169 bis verranno meno retroattivamente. Chi scrive trova tuttavia maggiormente convincente la tesi secondo la quale nel caso di richiesta di autorizzazione a sciogliersi dai contratti pendenti il debitore compie una scelta irreversibile, non potendo più passare all'a.d.r. Infatti per usufruire del 169 bis dovrà compiere un atto di adeguata *disclosure*, presentando l'indicazione del piano e della proposta seppur non ancora definitivi. Nel caso di concordato con riserva si esclude quindi che esso possa essere meramente "in bianco" ⁸⁵. Tuttavia una terza tesi esclude *tout court* la possibilità di usufruire del 169 bis in caso di presentazione di una domanda di pre-concordato ⁸⁶.

8. Cenni alla proposta di concordato preventivo

A seguito delle molteplici riforme dal 2005 al 2012 il concordato preventivo volge sempre più lo sguardo al salvataggio dell'impresa in crisi, ma per farlo deve inevitabilmente «passare per la soddisfazione creditoria, previa, even-

⁸⁴ Così M. FABIANI, *ult. op. cit.*, ivi a p. 11; G. B. NARDECCHIA, *Art. 169 bis* in G. Lo Cascio, *Codice commentato del fallimento*, Milano, Giuffrè, 2013, ivi a p. 2004.

⁸⁵ A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Il Fallimento*, 2013, 3, p. 261 ss., ivi a p. 272.

⁸⁶ Cfr. C. CAVALLINI, *Concordato preventivo «in continuità» e autorizzazione allo scioglimento dei contratti pendenti: un binomio spesso inscindibile*, in *il Fallimentarista*, 23.01.2013, p. 2.

tualmente, ristrutturazione dei rapporti obbligatori»⁸⁷. Le tipologie di concordato sono ora molteplici: si è abbandonata la dicotomia “concordato per garanzia” e “per cessione dei beni”; del resto la stessa proposta assume sempre più il carattere della flessibilità e si regge sull’assoluta atipicità del piano⁸⁸.

A ben vedere questa evoluzione è in gran parte frutto della riforma del 2005⁸⁹, che tra l’altro ha eliminato la disposizione che prevedeva la percentuale minima del 40% da offrire ai creditori chirografari. La volontà debitoria, seppur molto più libera che in passato, non è tuttavia ancora totalmente priva di vincoli. Rimangono il vincolo del rispetto della graduazione, delle cause di prelazione e della parità di trattamento dei creditori⁹⁰. Inoltre a seguito della riforma 2012 tale volontà deve essere necessariamente incanalata in un piano «contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta»; questo perché se la proposta andrà sottoposta all’approvazione dei creditori è indispensabile che essi siano correttamente informati su come il debitore intende procedere⁹¹.

⁸⁷ Cfr. F.S. FILOCAMO, *op. cit.*, p. 1270, Trib. Roma 20 aprile 2010, in *www.ilcaso.it*, 2010, n. 2253.

⁸⁸ Cfr. M. FABIANI, *La “programmazione” della liquidazione del concordato preventivo da parte del debitore e la natura delle vendite concordatarie*, in *Il Fallimento*, 2012, 8, p. 906; V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, Utet, 2010, p. 148; S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2011, p.523; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 322.

⁸⁹ Cfr. D.l. 14.3.2005, n. 35, convertito in l. 14.5.2005, n. 80; cfr. anche V. ZANICHELLI, *op. cit.*, p. 147.

⁹⁰ Anche se per la parità di trattamento si veda *infra*, per analizzarne la reale portata; Cfr. S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto Commerciale*, XI, 1, Padova, Cedam, a cura di G. Cottino, p. 46.

⁹¹ Vedremo *infra* quali saranno i limiti del giudizio di fattibilità. Una trattazione approfondita della proposta concordataria e degli elementi che la caratterizzano non è oggetto del presente lavoro. Su questo tema si veda invece: M. VITIELLO, *op. cit.*, p. 7; S. AMBROSINI, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, in *www.ilcaso.it*, doc. 306/2012, p. 6; M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull’evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d’impresa*, in *www.ilcaso.it*, doc n. 303/2012, p. 9; F.S. FILOCAMO, *op. cit.*, ivi a p. 1270; così anche FERRO, *Commento sub art. 160*, in *La Legge Fallimentare* a cura di FERRO, Padova, Cedam, 2011, p. 1711-1744, ivi a p. 1726; PACCHID’ORAZIO-COPPOLA, *Il concordato preventivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di DIDONE, Torino, Utet, 2009, 2, p. 1739-1956, ivi a p. 1836; R. BELLÈ, *Convenienza e legittimità*

9. Tipologie di concordato. Un primo sguardo alla ratio del 186 bis

Cercheremo ora di capire come si atteggiavano la suddetta flessibilità della proposta concordataria e l'atipicità del piano di cui agli artt. 160-161 l. fall. in riferimento alle tipologie di concordato preventivo conosciute e praticate in questi anni. Come si accennava poco *supra* assistiamo da una parte al superamento della dualità “concordato garantito” e “concordato con cessione dei beni”, dall'altra all'interno di queste due tipologie ancora presenti all'eliminazione delle rigidità che li caratterizzavano prima della riforma del 2005 ⁹².

Nel *concordato con garanzia* l'esecuzione della proposta doveva essere assicurata dalla prestazione di garanzie idonee a coprire l'ammontare dei pagamenti previsti e doveva rispettare la percentuale minima di pagamento dei creditori chirografari (40%). Le garanzie potevano essere unicamente tipiche ed esterne. “Tipiche” nel senso di garanzie reali (pegno, ipoteca) o personali (fideiussione) previste nel c.c., non trovando spazio la libertà del debitore di delinearne altre tipologie sulla base del principio dell'autonomia negoziale. “Esterne” perché non era ammesso che la garanzia fosse «la mera consistenza del patrimonio del debitore»; essa doveva provenire da un terzo rafforzando l'obbligazione e consistendo in un *quid pluris* rispetto a quella che era già garanzia implicita dell'impegno assunto (il patrimonio del debitore appunto) ⁹³. Già dopo le riforme del 2005-2006 ⁹⁴ (e a *fortiori* oggi) la percentuale minima di soddisfacimento dei chirografari è stata eliminata e si

timità delle soluzioni concordatarie, in *Il Fallimento*, 2012, p. 511-521, ivi a p. 512. In giurisprudenza cfr. anche Trib. Milano, 28 ottobre 2011, in *Il Fallimento* 2012, p. 78; Trib. Vicenza, 6 luglio 2009, in *www.ilcaso.it*, 2010, n. 2305.

⁹² Tuttavia l'enorme portata innovativa delle riforme 2005-2007 non sono oggetto del presente scritto; su tale argomento si veda: G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo nel quadro degli istituti di risanamento*, in *Il Fallimento*, 2012, 2, p.137 ss.; M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, Zanichelli, 2011, p. 599 ss.; V. ZANICHELLI, *op. cit.*, p.117 ss.

⁹³ Così. V. ZANICHELLI, *op. cit.* ivi a p. 148; Cass. Civ., Sez I, 12.7.1991, n. 7790; *Contra* Trib. Vicenza, 29.4.1985.

⁹⁴ Cfr. D.l. 14.3.2005, n. 35 convertito in l. 14.5.2005, n. 80; D.Lgs. n. 5 del 2006.

ammettono anche garanzie atipiche e interne. La proposta può consistere in un'offerta di pagamento in percentuale dando come garanzia tutto o parte del patrimonio del debitore ovvero con l'apporto aggiuntivo di garanzie di terzi. Tuttavia l'adempimento degli obblighi assunti può avvenire tramite il reddito prodotto dalla continuazione dell'impresa legittimando così un "concordato in continuità" sulla scia del Chapter 11 statunitense ⁹⁵. L'inserimento del 186 bis nella legge fallimentare ha finalmente esplicitato un principio fondamentale in tema di misure alternative al fallimento: lo scopo deve essere la ristrutturazione dei debiti ed il salvataggio dell'impresa in crisi e non unicamente la soddisfazione creditoria; certo quest'ultima rimane sempre il faro da seguire ed è imprescindibile, ma bisogna tener conto sia del valore ulteriore che gli stessi creditori possono realizzare con il mantenimento dell'impresa sul mercato, sia di tutti gli altri soggetti che hanno rapporti contrattuali con essa (ad es. lavoratori e fornitori di materie) prima di optare per la mera liquidazione dei beni ⁹⁶.

Anche il *concordato con cessione dei beni* si è svincolato dal mero schema liquidatorio della *cessio honorum* di cui al 1977 c.c. divenendo una sorta di «contenitore che può essere riempito in tanti modi diversi» ⁹⁷. In passato infatti lo schema in parola consisteva in un mandato irrevocabile a gestire e liquidare i beni del debitore senza alcuna efficacia traslativa della proprietà e con il quale si conferiva agli organi della procedura la legittimazione a disporre dei beni dell'imprenditore al fine di soddisfare il ceto creditorio; la cessione doveva riguardare l'intero patrimonio del debitore e il proponente

⁹⁵ Cfr. G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo nel quadro degli istituti di risanamento*, in *Il Fallimento*, 2, 2012, p. 137.

⁹⁶ Cfr. G. RACUGNO, *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del primo*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, p. 892; M. ARATO, *Il concordato preventivo con continuazione dell'attività d'impresa*, in *Crisi di imprese: casi e materiali* a cura di F. Bonelli, Milano, Giuffrè, 2011, p. 137 ss.

⁹⁷ Così G. BOZZA, *La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Il Fallimento*, 2012, 7, p. 767; M. FABIANI, *Concordato preventivo per cessione dei beni e predeterminazione delle modalità della liquidazione*, in *Il Fallimento*, 2010, p. 595.

non si assumeva nessun impegno circa il risultato finale della liquidazione, per cui i creditori, con l'accettazione della proposta, accettavano il rischio di una realizzazione inferiore alle aspettative ⁹⁸.

Accanto a queste due tipologie vi era poi il cd. *concordato misto* in cui alla cessione dei beni del debitore si accompagnava la garanzia di un terzo che – rafforzando la garanzia principale, consistente nel patrimonio del debitore – assicurava la corresponsione della differenza tra quanto ricavato dalla liquidazione e quanto necessario per la soddisfazione creditoria nella misura della percentuale offerta.

Oggi il modello del *concordato con cessione dei beni* può invece ritenersi un “contenitore” al cui interno il proponente ben potrà inserire un ampio *carnet* di proposte sia di tipo prettamente liquidatorio sia di risanamento attraverso ad esempio la cessione di rami di azienda improduttivi e la continuazione dell'attività con i beni residui ⁹⁹ e ben potendo consistere anche in una cessione parziale dei beni del debitore se necessaria alla continuità aziendale e non riguardante beni strategici per il risanamento dell'impresa ¹⁰⁰.

Già in tema di concordato con garanzia abbiamo sottolineato che il principio di “continuità aziendale” è divenuto palese con l'introduzione dell'art. 182 bis l. fall. ad opera del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134), riprendendo tale assunto anche in tema di concordato con cessione dei beni è bene fare un'ulteriore precisazione. Invero la concezione di risanamento non è frutto dell'introduzione del 186 bis che

⁹⁸ Cfr. V. ZANICHELLI, *op. cit.*, p. 148; Cass., Sez. Un., 27 luglio 2004, n. 14083, in *Il Fallimento*, 2005, p. 131; Cass., Civ., 11 agosto 2000, n. 10738, in *Il Fallimento*, 2001, p. 781; Cass. Civ., 1 giugno 1999, n. 5306, in *Il Fallimento*, 2000, p. 486.

⁹⁹ Cfr. S. PACCHI, *La riforma del concordato preventivo. Uno sguardo al passato*, in *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, a cura di S. Pacchi, Milano, 2005, p. 90; M. FABIANI, *op. cit.* p. 595; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare cit.*, p. 319; F.S. FILOCAMO, *op. cit.*, p. 1269; G. LO CASCIO, *op. cit.*, p. 144; Trib. Palermo, 18 maggio 2007, in *Il Fallimento*, 2008, p. 75; *Contra* Trib. Roma, 29 luglio 2010, in *Il Fallimento*, 2011, p. 225.

¹⁰⁰ PERUGINI, *Il “professionista” nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2009, p. 905; M. DI PIRRO, *Il nuovo concordato preventivo*, Piacenza, La Tribuna, 2012, p. 14 ss.; Trib. Roma, 27.07.2012.

pur comprendendo l'importanza dell'articolo in parola – anche per le varie implicazioni che porta con sé, come vedremo ampiamente *infra* – sembra a chi scrive più che altro un'esplicitazione della possibilità di proporre un concordato “in continuità” che già era ben presente in via di prassi ¹⁰¹ e che si ritrova anche nella relazione al D.Lgs. n.5 del 2006. Ivi si riconosce che la finalità meramente liquidatoria del concordato preventivo è ormai superata, cosicché bisogna considerare l'elasticità dei requisiti soggettivi ed oggettivi di cui al 160 l. fall come un'apertura al risanamento. La normativa precedente (*ante* riforma 2005, D.L. cit.) così stringente e rigida sia in termini di requisiti soggettivi, sia di requisiti oggettivi, appariva incompatibile con la legislazione europea, perché era ormai arrivato il momento di ispirarsi «alle prospettive di recupero delle imprese nelle quali non era individuabile un interesse proprio dell'imprenditore, ma confluivano finalità economiche e sociali generali. Pertanto era necessario che con la riforma fallimentare ci si allineasse agli altri Stati membri dell'Unione europea, che si sopperisse in modo agile e spedito alla valorizzazione dell'impresa ed alla tutela dei creditori» ¹⁰².

Si badi bene che i concetti di concordato con cessione e di concordato liquidatorio oggi non sono affatto fungibili. Il concordato con cessione potremmo continuare a contrapporlo con il concordato con garanzia (sempur cambiati molto, come visto *supra*); mentre il concordato liquidatorio va contrapposto al concordato con continuità. La questione si complica quando proviamo ad incrociare queste tipologie tra di loro.

Facendo riferimento al *concordato in continuità* abbiamo visto come può verificarsi la necessità di dismettere *asset* non strategici al fine di recupe-

¹⁰¹ Così anche M. VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, in *il Fallimentarista*, 21.1.2013.

¹⁰² G. LO CASCIO, *op. cit.*, ivi a p.139; per uno sguardo alle riforme degli altri Paesi dell'Unione, sempre ispirate al Chapter 11, si veda A. JORIO, *Per una riforma della legge fallimentare: soluzioni normative ed esperienze negli USA in Germania e in Francia*, in *Riv. dir. dell'impresa*, 1995, p.429 ss.

rare risorse da distribuire ai creditori favorendo il risanamento. Questo concordato potrà certamente qualificarsi come parzialmente liquidatorio, ma la sua “anima” rimane la continuità aziendale e la proposta non avrà ad oggetto la cessione dei beni – la quale è soltanto strumentale ad acquisire risorse per la continuazione – e non si applicheranno le disposizioni di cui al 182 l. fall.

D'altronde, e specularmente, la continuazione dell'attività d'impresa non sempre permette di qualificare il concordato preventivo come “in continuità”, potendo questa essere finalizzata a raggiungere un miglior valore per poi cedere l'impresa a terzi liquidando i beni per soddisfare i creditori; si tratta pertanto di un *concordato liquidatorio*. Vero è che qui si applicheranno le disposizioni di cui al 186 bis, ma solo fintanto che l'azienda rimane nella disponibilità del proponente; quando invece si realizza il passaggio di disponibilità non si può più considerare continuità, ma troveranno applicazione le disposizioni ex 182 l. fall.¹⁰³ Dobbiamo a questo punto chiederci quali siano i possibili schemi di concordato per cessione dei beni alla luce di quell'intervento riformatore che dal 2005 al 2012 ha pian piano rivoluzionato questa tipologia di concordato. Al punto che, citando M. Fabiani, «proporre che vengano ceduti beni poco significa se non si stabilisce qual è precisamente l'obbligazione che il debitore si assume»¹⁰⁴. Potremmo raggruppare questi schemi in tre ipotesi a seconda dell'obbligazione che il proponente si assume ed indica nella domanda ai sensi del 161 l. fall. (o in un momento successivo presentando piano e proposta dopo 60-120 giorni, ai sensi del comma 6 del suddetto articolo):

1) Si assume l'obbligazione di trasferire i beni ai creditori;

¹⁰³ M. VITIELLO, *op. ult. cit.*, ivi a p. 2; sempre M. VITIELLO, *Le soluzioni concordate cit.*, ivi a p. 17; M. FABIANI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 908.

¹⁰⁴ M. FABIANI, *op. cit.*, ivi a p. 907; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare cit.*, p. 319; Trib. Palermo cit.; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto Commerciale*, XI, 1, Padova, Cedam, a cura di G. Cottino, p. 34.

2) Si assume l'obbligazione di pagare i creditori in una certa misura con il ricavato della vendita dei beni;

3) Si assume l'obbligazione di cedere i beni, distribuendo il ricavato ai creditori, ma senza specificare alcuna misura di soddisfacimento.

Nel caso *sub 1)* la cessione dei beni è oggetto della proposta con cui il debitore si impegna a trasferire ai creditori la proprietà (cd. *cessione traslativa*) o quantomeno la gestione dei beni (cd. *mandato a liquidare*); ivi il debitore si libera semplicemente adempiendo mediante il trasferimento dei beni (rispettivamente in proprietà o in gestione) dopo l'omologazione del concordato ¹⁰⁵.

Nel caso *sub. 2)* la cessione dei beni è oggetto del piano, per cui oggetto della proposta è il pagamento dei creditori in una certa misura e entro un certo tempo; questo tipo di concordato è in realtà un *concordato con garanzia* e il mancato rispetto del pagamento dei crediti nella misura e nei termini pattuiti è considerato inadempimento e, se non di scarsa importanza, potrà causare risoluzione del concordato.

Nel caso *sub 3)* si configura piuttosto una *cessio honorum* civilistica con inserimento di un patto di deroga ex 1984 c.c., la quale è configurabile come *datio in solutum* che permette di trasformare la cessione da *pro solvendo* a *pro soluto*; pertanto il debitore si libererà trasferendo il ricavato della cessione dei beni ai creditori, indipendentemente dal *quantum* e dal tempo di soddisfazione, realizzando così un negozio di natura aleatoria.

Bisogna tuttavia precisare che, secondo un recente orientamento della Suprema Corte, in tutte e tre le ipotesi è comunque obbligatoria l'indicazione delle modalità e dei tempi di soddisfazione dei creditori a prescindere dal tipo di proposta e dalle "colorazioni" più o meno vincolanti

¹⁰⁵ Cfr. G.B. NARDECCHIA, *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2012, p. 254; F.S. FILOCAMO, *op. cit.*, ivi a p. 1276; M. FABIANI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 909; Cass. 21 gennaio 1993, n. 709, in *Il Fallimento*, 1993, p. 807; Cass. 3 novembre 1981, n. 5790, in *Il Foro.it*, 1983, I, p. 1092.

che essa assume per il debitore ¹⁰⁶. Tale indicazione dovrà sempre essere presente ma a seconda della tipologia di proposta delineata dal debitore avrà una valenza diversa ¹⁰⁷. Dopo aver delineato la triade piano-proposta-domanda ed esserci soffermati su quest'ultima con particolare attenzione per la nuova domanda di pre-concordato, passiamo ora all'analisi del ruolo del professionista attestatore e degli organi della procedura (più che altro del giudice) ¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Così Cass. 23 giugno 2011, n. 13817, in *Il Fallimento*, 2011, p. 933; si veda anche Cass., n. 18864/2011; Cass., n. 18987/2011; Cass., n. 3586/2011; Cass., n. 3274/2011; per un approfondimento sul tema e sulla fase liquidatoria del concordato con cessione dei beni A. DIDONE, *La liquidazione nel concordato con cessione dei beni: piano concordatario e decreto di omologa alla luce della l. n. 134/2012*, in *Il Fallimentarista*, 10.10.2012; Trib. Monza, 10 luglio 2012, in *www.ilcaso.it*, doc. n. 7702.

¹⁰⁷ Contra S. AMBROSINI, *Soddisfazione dei crediti e risoluzione nel concordato preventivo: profili di "interferenza" tra diritto concorsuale e disciplina codicistica*, in *www.ilcaso.it*, doc. n. 297/2012, p. 3-5, il quale concorda tuttavia con la necessità di indicare le percentuali nella proposta, ma non ne condivide il fatto che possano restare vincolanti, vista l'assenza di appigli normativi in merito e la non corrispondenza al modello del 1977 c.c., né la possibilità di applicare il generico 1218 c.c.

¹⁰⁸ Cfr. *Supra*, Premessa, Capitolo II, paragrafo 1. S. AMBROSINI, *Soddisfazione dei crediti e risoluzione nel concordato preventivo: profili di "interferenza" tra diritto concorsuale e disciplina codicistica*, in *www.ilcaso.it*, doc. n. 297/2012.

CAPITOLO III

RUOLO DEL PROFESSIONISTA E DEGLI ORGANI DELLA PROCEDURA TRA SPEDITEZZA PROCEDURALE E NECESSARIA TUTELA CREDITORIA

1. Il professionista attestatore. Novità legislative. – 2. Indipendenza. La modifica dell'art. 67 lett. d) l. fall. – 3. Funzioni. – 4. Tutela dei creditori e rischio di eccessiva responsabilizzazione del professionista. Cenni al Chapter 11. – 5. Ruolo del Tribunale e giudizio di fattibilità. Confronto col Chapter 11. – 6. Le soluzioni prospettate da dottrina e giurisprudenza prima dell'intervento delle Sezioni Unite. – 7. La soluzione “interlocutoria” della Suprema Corte a Sezioni Unite. – 7.1 Fattibilità giuridica e fattibilità economica. – 7.2 La valutazione della causa *in concreto*. – 7.3 Il perimetro di sindacabilità del tribunale nelle fasi successive all'ammissione. – 7.4 Confronti tra la pronuncia delle Sezioni Unite e le modifiche apportate dalla riforma 2012. – 8. Domanda di concordato preventivo pendente un procedimento prefallimentare. Ruolo del giudice.

1. Il professionista attestatore. Novità legislative

Dopo aver necessariamente preso atto del cambiamento di prospettiva della legge fallimentare verso una matrice filo-economica e di recupero dell'impresa, il momento dell'individuazione dell'esistenza, della dimensione e delle cause della crisi aziendale e quello della possibilità o meno di ripristinare i fisiologici equilibri economici, patrimoniali e finanziari hanno oggi un ruolo fondamentale nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa. Pertanto il ruolo dell'azienalista deve essere analizzato con particolare cura. Avvocati, commercialisti, ragionieri (o associazioni e società tra questi soggetti) potranno ricoprire diversi ruoli come quello di *advisor* dell'imprenditore nella diagnosi dello stato di crisi e nell'individuazione delle modalità di suo superamento; potranno redigere un *business plan* necessario

nel caso di concordato con continuità; intervenire come attestatore indipendente nominato dal debitore o anche come commissario giudiziale ¹.

Il legislatore del c.d. “Decreto Sviluppo”, ben conscio del rilievo di questa figura, è intervenuto su più fronti. In particolare la modifica dell’art. 67 l. fall. alle lett. d) sancisce il principio fondamentale dell’indipendenza del professionista attestatore e ne esplicita la designazione debitoria ². L’introduzione della lett. e) all’art. 161 comma 2 l. fall. specifica che il piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta deve essere accompagnato (insieme all’ulteriore documentazione di cui alle lett. a, b, c, d) dalla relazione del professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; stessa relazione è richiesta anche nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano. Anche l’introduzione dell’art. 186 bis, rubricato «Concordato con continuità aziendale», al comma 2 lett. b), richiede che tale relazione attesti che la prosecuzione dell’attività d’impresa sia funzionale «al miglior soddisfacimento dei creditori»; al comma 3 e al comma 4 lett. a) la relazione è imposta con riferimento rispettivamente alla continuazione dei contratti pubblici e alla possibilità di partecipare a procedure di assegnazione degli stessi. Anche l’introduzione del 182 quinquies, riguardante i cd. finanziamenti “in corso” di procedura al comma 1 richiede l’attestazione del professionista, la quale in questo caso deve vertere sulla funzionalità dei finanziamenti «alla migliore soddisfazione dei creditori»; sempre il 182 quinquies, al comma 4 in tema di pagamento dei crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, prevede l’attestazione dell’essenzialità di tali prestazioni «per la prosecuzione della attività di impresa» e la funzionalità «ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori». Di notevole importanza è poi l’introduzione del 236 bis l. fall.

¹ Cfr. G. SAVIOLI, *La redazione e l’attestazione del piano di risanamento nelle procedure di soluzione negoziale delle crisi d’impresa*, in *il Fallimentarista*, 28.01.2013, p. 3.

² Cfr. articolo in parola, come modificato dall’art. 33 D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito (con modifiche) in L. 7 agosto 2012, n. 134.

rubricato «Falso in attestazioni e relazioni» che al comma 1 prevede due fattispecie di reato per il professionista, una commissiva e l'altra omissiva, e ai commi 2 e 3 prevede due circostanze aggravanti piuttosto severe. Infine sempre attinente all'attestatore anche se di minor rilevanza per la nostra trattazione, è l'abrogazione del comma 4 dell'art. 182 quater riguardante la prededucibilità dei compensi del professionista attestatore, trovando così piena applicazione il 111 l. fall.

2. Indipendenza. La modifica dell'art. 67 lett. d) 1. fall.

La previsione secondo cui il professionista è designato dal debitore sarebbe, ad avviso di alcuni precoci interpreti della novella legislativa, una riprova che il professionista non deve essere considerato alla stregua di un consulente tecnico d'ufficio ³. Invero la Cass. Sez. Un. con la sentenza 1521/2013 ha precisato che questi, «pur non essendo un consulente tecnico – come si desume dal fatto che è il debitore a nominarlo –, svolge funzioni assimilabili a quelle di ausiliario del giudice, come pure si desume dal significativo ruolo rivestito in tema di finanziamento e di continuità aziendale, circostanza questa che esclude che destinatari naturali della funzione attestatrice siano soltanto i creditori» ⁴.

Per quanto concerne invece il requisito dell'indipendenza, questo ha consentito di superare la tesi (che seppur minoritaria ha ricevuto l'avallo in una pronuncia della Suprema Corte) secondo cui il mancato richiamo dell'art. 67 lett. d) all'ultimo comma dell'art. 28 l. fall. si dovesse desumere che ad attestare il piano potesse essere anche un professionista legato alla

³ Per tutti M. VITIELLO, *Le soluzioni concordate cit.*, ivi a p.4.

⁴ Cfr. Cass. Sez. Un. sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521; In questo senso F. LAMMANA, *L'indeterminismo creativo delle Sezioni Unite in tema di fattibilità nel concordato preventivo: «così è se vi pare»*, in *il Fallimentarista*, 26.2.2013 p. 5-6; P. VELLA, *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, doc. n. 320/2012, p.8-9.

società in crisi da pregressi rapporti professionali ⁵. Con la modifica del “D.L. Sviluppo” è richiesto espressamente che il professionista, oltre ad avere i requisiti soggettivi di professionalità e preparazione tecnica di chi esercita la funzione di curatore di cui all’ art. 28 lett. a) e b), si trovi in una situazione di indipendenza. E’ lo stesso art. 67 lett. d) a specificare che tale situazione si ha quando il professionista «non è legato all’impresa e a coloro che hanno interesse all’operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da compromettere l’indipendenza di giudizio» e che «in ogni caso il professionista deve essere in possesso dei requisiti dell’articolo 2399 c.c. e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo» ⁶.

Cominciando con l’analisi dell’art. 2399 c.c., che prevede le cause di ineleggibilità e decadenza ⁷ per esercitare la funzione di sindaco, l’articolo in parola pone dei requisiti negativi la cui presenza configura una presunzione assoluta di mancanza di indipendenza ⁸. In particolare al comma primo lett. a) sancisce che sono incompatibili con la funzione di attestatore (o stimatore) gli interdetti, gli inabilitati, i falliti e i condannati ad una pena che importa l’interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l’incapacità ad esercitare uffici direttivi (di cui all’art. 2382 c.c.); alla lett. b) che non possono svolgere le funzioni suddette nemmeno il coniuge, i parenti e gli affini (entro il quarto grado) del debitore o degli amministratori della società debitrice, nonché gli amministratori ed i soggetti legati da rapporti di parentela,

⁵ Il suddetto art. 28 ult. comma l. fall. riguarda le cause di incompatibilità per la nomina del curatore fallimentare; Cfr. sempre M. VITIELLO, *op. ult. cit.*, ivi a p. 4.

⁶ Bisogna precisare che le medesime incompatibilità valgono anche per gli “stimatori” di cui all’art. 160 comma 2 l. fall..

⁷ Infatti il rinvio al 2399 c. c. comporta anche che se non sussistono requisiti di incompatibilità al momento della nomina, ma questi sopravvengono in un momento successivo, il professionista decade dalle sue funzioni (comma 2, art. 2399 c.c.).

⁸ Cfr. E. STASI, *La terzietà dell’attestatore*, in *il Fallimentarista*, 14.12.2012, p. 2.

coniugio ed affinità (entro il quarto grado) degli amministratori delle società da queste controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo. Trattasi di una disposizione di semplice comprensione mentre, come giustamente sottolinea E. Stasi, meno semplice è coordinare la lett. c) dell'art. 2399 c.c. con la lett. d) del 67 l. fall. Infatti la norma civilistica fa riferimento a «rapporto di lavoro» o a un «rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita», ovvero a «altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza», invece l'art. 67 fa un generico riferimento ad «attività di lavoro subordinato o autonomo», non richiede poi che siano continuative e dichiara incompatibili anche coloro che, nei cinque anni precedenti, abbiano prestato tali attività di lavoro professionale o autonomo ovvero abbiano partecipato agli organi di gestione o di controllo. Quindi leggendo insieme le due norme in maniera coordinata si può ritenere che non possano esercitare la funzione di attestatore coloro i quali, anche per il tramite di soggetti con i quali sono uniti in associazione professionale, prestino o abbiano prestato nei cinque anni precedenti attività di lavoro dipendente o autonomo (anche in via occasionale) in favore dell'impresa nominante o delle società appartenenti al medesimo gruppo o partecipato agli organi di amministrazione o di controllo delle stesse ⁹. Si ritiene che tutte queste ipotesi vadano accertate caso per caso.

Sempre l'art. 67 dichiara incompatibile anche chi «sia legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza del giudizio»; qui per “impresa” si deve intendere la società debitrice, ma anche tutti i soggetti che con rivestono cariche all'interno di essa; e “coloro che hanno interesse” si deve riferire agli organi gestori, di controllo, ai soci, a chi eroga finanza esterna, alla capogruppo, agli organi di

⁹ Così E. STASI, *op. cit.*

quest'ultima, alle altre società del gruppo e financo a tutti i creditori ¹⁰. La nuova prescrizione risulta così assai ampia, tanto da ricomprendervi quelle relazioni familiari di mero fatto o finanche di semplice amicizia con l'imprenditore e gli altri soggetti appena citati che altrimenti sfuggirebbero alla portata del 2399 c.c. ¹¹. La maggior severità del legislatore si può spiegare da un lato proprio con la presa di coscienza dell'importanza della figura del professionista in un'ottica sempre più di contrattualizzazione del concordato preventivo e di primato dell'economia sul diritto, dall'altro (come vedremo *infra*) con la ricerca di una maggior tutela per i creditori al fine di bilanciare quell'enorme *favor* che il legislatore stesso ha riservato al debitore nel "Decreto Sviluppo" ¹².

Un particolare dubbio che divide gli interpreti sul punto riguarda la questione sull'estensione o meno dell'incompatibilità riguardante il prestatore di lavoro autonomo a quei soggetti che nei cinque anni precedenti hanno già attestato un piano di risanamento per quello stesso debitore che lo ha designato ovvero per una società del suo gruppo. Alcuni interpreti sono favorevoli a questa estensione di incompatibilità; tuttavia ad avviso di chi scrive il fatto che un soggetto abbia già attestato un piano del debitore proponente in passato non può comportare una mancanza di indipendenza dello stesso, ma semmai la conoscenza (almeno in parte) della situazione dell'impresa in crisi renderà più agevole una nuova attestazione. Infatti è vero che l'assenza di qualsivoglia legame con l'impresa è sintomo di indipendenza, ma d'altra parte può determinare asimmetrie informative tra chi attesta e chi gestisce l'impresa, cosa che si riflette negativamente sulla possibilità

¹⁰ Cfr. M. VITIELLO, *op. ult. cit.*, sempre a p. 4; le cause di incompatibilità finora delineate richiamano, ad avviso di chi scrive, quelle sancite dall'art. 39 d.p.r., 99/1998 e artt. 10, 17 d.lgs., 39/2012 per il revisore contabile; così anche E. Stasi.

¹¹ Cfr. F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo"*, in *il civilista*, Milano, 2012, p. 15.

¹² Si veda *infra*, cap. IV e Conclusioni.

di comprendere realmente i problemi dell'impresa in tempi spesso stretti ¹³. Pertanto se rimane fondamentale l'indipendenza dell'attestatore nei termini, anche parecchio stringenti detti *supra*, sostenere addirittura che un soggetto, pur presentando tali requisiti sia comunque incompatibile con la funzione di attestatore perché ha già svolto tale funzione in passato francamente pare esagerato. Inoltre come sottolinea il Tribunale di Milano in un *plenum*: «la conclusione s'impone in via logica perché altrimenti si arriverebbe all'assurdo di considerare incompatibile il suddetto esperto anche quando, dopo aver redatto una prima attestazione per una domanda di concordato, debba redigere poi un supplemento di attestazione a causa delle mutate condizioni del piano o della proposta».

Altro nucleo problematico è ravvisabile in tema di conseguenze rispetto a un'attestazione resa da professionista non indipendente, visto che l'art. 67 comma 3 lett. d) nulla dice a riguardo. Ci chiediamo se l'attestazione resa da professionista non indipendente porti con sé l'inammissibilità della domanda di concordato preventivo. Alcuni optano per tale, più rigorosa, conseguenza sostenendo che l'inammissibilità andrà rilevata d'ufficio dal tribunale al momento di verificare l'ammissibilità della domanda ovvero dal commissario giudiziale, il quale attiverà il tribunale ex 173 l. fall. oppure ancora in sede di omologazione ex 180 l. fall. ¹⁴. Altri invece, muovendo dalla mancata esplicitazione di tale inammissibilità da parte del 67 l. fall., propendono per considerare ammissibile comunque la domanda e sanzionare il comportamento del professionista in sede civile mediante un'azione di responsabilità ¹⁵. Pacifico è d'altronde quest'ultimo aspetto, ossia che l'esperto possa essere chiamato a rispondere civilisticamente per i danni patrimoniali

¹³ Così anche prassi Trib. Milano, Seconda Sez. Civ., Fallimenti, verbale riassuntivo del *plenum* 20 settembre 2012; F. LAMANNA, *op. cit.*, ivi a p. 18; P. RIVA, *Il rischio di selezione avversa sul "mercato" degli attestatori e i fattori necessari per limitarlo*, in *il Fallimentarista*, 28.9.2012, p. 3; *contra* E. STASI, *op. cit.*, ivi a p. 4.

¹⁴ Così E. STASI, *op. cit.*, ivi a p. 5.

¹⁵ Così M. VITIELLO, *op. ult. cit.*, ivi a p. 5.

arrecati al soggetto che lo ha nominato, ai creditori e ai terzi; egli risponderebbe tra l'altro per responsabilità contrattuale visto il dovere di correttezza che egli ha nei confronti non solo del debitore che lo designa, ma anche di tutti quei soggetti che sull'attestazione del piano di concordato fanno affidamento ¹⁶. Siffatto dovere di correttezza gli impone di comunicare all'impresa che lo nomina le cause di incompatibilità che lo coinvolgono; tale obbligo sussiste anche nei confronti degli altri soggetti interessati. Sicché qualora egli ritenga che non vi sia ragione di incompatibilità pur in presenza di una delle cause dette *supra* deve farne menzione nella relazione, motivando la sua convinzione sul fatto che tali cause non incidono sulle sue valutazioni.

Un ultimo rilievo concerne la sua eventuale responsabilità anche penale ex 216 bis l. fall. in caso di falsa dichiarazione sull'inesistenza di cause di incompatibilità rilasciata nella relazione ovvero di omissione di dichiarazioni in merito all'esistenza di queste. Il reato di cui al 216 bis è configurabile da un lato come reato di false informazioni (reato commissivo), dall'altro omissione di informazioni rilevanti (reato omissivo). L'estrema genericità usata dal legislatore del 2012 lascia non pochi dubbi in merito al concetto di "informazioni". Quelli tra gli operatori che danno particolare peso al diritto ad un'informazione corretta per gli interessati tendono ad interpretare estensivamente il concetto di informazioni ricomprendendovi anche l'esistenza di cause che determinano incompatibilità. Altri rifacendosi anche alle norme in tema di indipendenza delle società di revisione ex art. 27 d.lgs. n. 39/2012, tendono a considerare informazioni rilevanti solo quelle aventi ad oggetto la situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa.

¹⁶ Cfr. L. PANZANI, *L'insuccesso delle operazioni di risanamento delle imprese in crisi e le responsabilità che ne derivano*, in *Crisi di imprese: Casi e materiali* a cura di F. Bonelli, Milano, Giuffrè, 2011, p. 181 ss; A. PATTI, *I diritti dei creditori nel nuovo concordato preventivo*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare* a cura di M. Fabiani – A. Patti, Milano, 2006, p. 280.

3. Funzioni

Come si è più volte rilevato nel presente scritto le funzioni del professionista dotato dei requisiti di cui al 67 comma 3 lett. d) l. fall. sono molteplici. Per prima, anche se non sarà qui oggetto di approfondita trattazione ¹⁷, vi è la funzione di cui all'art. 160 comma 2 l. fall. riguardante la stima «nel caso di beni soggetti a garanzia incapienti rispetto all'ammontare dei crediti garantiti, dei quali viene offerta una soddisfazione parziale» ¹⁸. In questo caso il professionista stimatore deve effettuare una relazione giurata sul valore di mercato dei beni su cui insiste la garanzia per evitare che i creditori rimangano ulteriormente danneggiati dal loro deprezzamento. Infatti la soddisfazione parziale dei creditori garantiti può essere prevista sempreché non sia in misura inferiore rispetto al ricavato della liquidazione di tali beni avuto riguardo proprio al valore di mercato così come stimato dal professionista con una relazione giurata. Si tratta di una garanzia che deriva dal principio statunitense del *best interest of creditors test* ¹⁹ per cui verrà preferita la procedura concordataria a quella liquidatoria se i creditori potranno ricavare dalla prima un valore quantomeno non inferiore a quello che potrebbero ricavare dalla seconda. Nel Chapter 11 statunitense è fondamentale in tema di omologazione, ma anche di blocco delle azioni esecutive e cautelari (*automatic stay*). Un creditore garantito, qualora ritenga che dalla svalutazione del bene su cui insiste la sua garanzia possa derivare una mancanza di protezione, ha diritto allo sblocco delle azioni esecutive e cautelari a meno che non gli si garantisca ²⁰ l'*indubitable equivalent*, che consiste appunto in una soddisfazione non inferiore a quella che riceverebbe con la procedura liquidatoria (di cui al Chapter 7, U.S. Code). Nell'ordinamento italiano non è previsto lo

¹⁷ Visto che in tale sede si intende approfondire il professionista attestatore.

¹⁸ Cfr. P. MENTI, *Nuove opportunità e rinnovati problemi per le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, estratto da Odeo Olimpico XXVII, Accademia Olimpica, Vicenza, 2010, p. 461.

¹⁹ Di cui *supra*, Capitolo I, paragrafo 1, p. 3; paragrafo 2, p. 7; paragrafo 5.1, p. 23-24; paragrafo 9.1, p. 45.

²⁰ Nei vari modi di cui *supra*, Capitolo I, paragrafo 5.1, p. 23-24.

sblocco (*relief*) dell'*automatic stay*; tuttavia il professionista stimatore di cui al 160 comma 2 l. fall. garantirà nella relazione giurata un'*indubitable equivalent* simile a quello statunitense ²¹. Questi nel redigere la relazione giurata dovrà seguire delle apposite linee-guida dettate dal Consiglio Nazionale dei professionisti contabili ²².

Ben più rilevanti per l'oggetto della nostra analisi sono la funzione di professionista cd. attestatore di cui al 161 comma 3 l. fall. e le ulteriori attestazioni, che abbiamo elencato *supra*. Il "Decreto Sviluppo" ha fugato ogni dubbio circa l'omogeneità dell'attestazione richiesta nel concordato preventivo rispetto a quella richiesta nel piano di risanamento e nell'accordo di cui al 182 bis sancendo che questi deve in ogni caso «attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano» ²³. E' ora il caso di fermarci ad analizzare queste due attestazioni, perché dalla portata di questi concetti dipendono in parte anche il ragionamento che faremo in tema di ruolo del tribunale e in tema di *business plan* (piano industriale) per il risanamento dell'impresa.

Il giudizio di fattibilità è un giudizio di tipo prognostico sulla idoneità del piano al superamento dello stato di crisi e sulle sue probabilità di riuscita, basandosi su dati contabili veritieri, in modo da rendere edotti il tribunale, e in particolar modo i creditori, dei rischi ad esso correlati dando a questi ultimi la possibilità di affrontare responsabilmente le proprie scelte; il tutto attraverso un'adeguata motivazione delle proprie considerazioni e indicando le verifiche effettuate nonché la metodologia ed i criteri seguiti per perveni-

²¹ Si noti inoltre che a presidio del miglior interesse dei creditori nel nostro ordinamento vi è anche la figura del commissario giudiziale, oltretutto la recente previsione che consente anche al creditore assenziente di opporsi all'omologa del piano (art. 180 ult. comma, come riformato dal d.l. 83/2012).

²² Si veda www.cndcec.it; P. MENTI, *op. cit.*, sempre a p.461.

²³ Cfr. Art. 67 comma 3 lett. d), come modificato dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito (con modifiche) in legge 7 agosto 2012, n. 134.

re all'attestazione ²⁴. Se questo è l'oggetto principale dell'attività del professionista, va precisato che ad esso è propedeutico l'esame della *veridicità dei dati aziendali*. Infatti per verificare realmente la fattibilità del piano bisogna prima effettuare un'adeguata verifica della rispondenza della situazione di partenza fornita dall'imprenditore alla reale composizione e consistenza del patrimonio aziendale. Altrimenti si andrebbe ad attestare solo l'astratta fattibilità di un piano che, basandosi su una situazione contabile non corrispondente a quella reale, non sarà idoneo a ripristinare le condizioni di equilibrio aziendale ²⁵. Quindi non è un caso che nella formulazione dell'articolo 67 comma 3 lett. d) e del 161 comma 3 l. fall. compaia prima l'attestazione della veridicità dei dati aziendali e poi della fattibilità del piano, visto che la prima è propedeutica alla seconda ²⁶.

Partendo proprio dalla verifica della *veridicità dei dati aziendali* dobbiamo chiederci su quali *parametri* si basi il professionista per comprendere la veridicità o la falsità dei dati forniti dall'imprenditore; inoltre e conseguentemente dobbiamo comprendere con che metodi procede alla ricerca. Per ciò che concerne i parametri occorre fare un'importante distinzione. Quando abbiamo definito poco *supra* il giudizio di fattibilità abbiamo parlato di prognosi circa l'idoneità del piano al superamento della crisi e ancora abbiamo specificato come questa prognosi vada ancorata a norme contabili; per dovere di precisione bisogna qui specificare che la definizione data di giudizio di fattibilità si rifaceva in particolare alla fattibilità di un piano di risanamento (*business plan*), ma la relazione dell'attestatore è richiesta anche nel caso di piano meramente liquidatorio. In quest'ultimo caso però non vi è un vero e proprio giudizio di fattibilità dato che non essendovi continua-

²⁴ Cfr. G. SAVIOLI, *op. cit.*, ivi a p. 4; F. LAMANNA, *L'indeterminismo creativo cit.*, ivi a p. 13; P. MENTI, *op. cit.*, ivi a p. 461; Cass. SS. UU., 23 gennaio 2013, n. 1521; Trib. Novara, Sez. fall., decreto 29 giugno 2012; Trib. Roma, Sez. fall., decreto 5 maggio 2012; Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860.

²⁵ Cfr. G. SAVIOLI, *op. cit.*, ivi a p. 4.

²⁶ Cfr. Trib. Novara, Sez. fall., decreto 29 giugno 2012.

zione dell'attività il piano conterrà semplicemente la definizione delle posizioni creditorie attraverso la dismissione del patrimonio aziendale considerato nei suoi singoli componenti e non più come un insieme di beni comprensivo anche di *know how*, marchi, accordi commerciali, clientela e tutti gli elementi che consentono di considerare l'azienda col suo avviamento come un *quid pluris* rispetto alla somma dei singoli beni. Nel caso di piano liquidatorio il giudizio di fattibilità risulterà assorbito da quello sulla veridicità dei dati aziendali. Tornando ai parametri su cui il professionista si deve basare nella relazione sulla veridicità in quest'ultimo caso, cioè di piano liquidatorio, non serve ancorarsi a quei principi contabili funzionali alla corretta e prudente rilevazione del risultato della gestione ²⁷ proprio per quanto appena detto. Invece nel caso di piano industriale, quindi di risanamento, vale in pieno la definizione data *supra* di giudizio di fattibilità e anche i parametri di veridicità devono necessariamente essere le norme e i principi contabili dettati per la corretta misurazione periodica del risultato di gestione e la correlata quantificazione del capitale di funzionamento; quindi si farà riferimento alle disposizioni sulla redazione del bilancio di esercizio ed i principi contabili nazionali o internazionali ²⁸.

Individuati i parametri a cui ancorare il giudizio di veridicità dobbiamo ora esaminare brevemente le *metodologie* usate per compiere il medesimo giudizio. Senza dubbio il professionista non può effettuare tale verifica lasciandosi guidare unicamente dal proprio buon senso, ma deve seguire precisi riferimenti quali i principi di revisione nazionali emanati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC) ²⁹. Tali principi di revisione si ispirano in gran parte ai principi

²⁷ Sempre G. SAVIOLI, *op. cit.*

²⁸ Rispettivamente emanati dall'Organismo Italiano di Contabilità (OIC) o dall'International Accounting Standard Board (IASB).

²⁹ Si veda Osservazioni sul contenuto delle relazioni del professionista nella composizione negoziale delle crisi d'impresa e Protocollo piani di risanamento e ristrutturazione; relazioni del professionista: profili organizzativi e principi di comportamento

contabili internazionali. L'attestatore ha sicuramente «ampia libertà (e conseguentemente responsabilità) nell'adottare le procedure che, alla luce dell'oggetto del controllo e della propria esperienza e sensibilità professionale, riterrà adeguate allo scopo» ³⁰. Pertanto pur dovendosi strettamente attenere a questi principi potrà indirizzare il suo controllo in maniera più incisiva su certe aree ritenute per lui ad alto rischio, ma anche limitarlo o escluderlo in aree ritenute a basso rischio. Certo facendo ciò se ne assumerà la responsabilità; d'altronde, come sottolinea Mauro Vitiello ³¹, il legislatore ha confermato con le modifiche all'art. 67 l. fall. che l'attestazione del piano di risanamento deve muovere da una precisa assunzione di responsabilità del professionista in merito alla veridicità dei dati sui quali il piano si impernia. L'importanza dell'applicazione dei suddetti parametri e principi di revisione contabile – codificati dagli organismi professionali di riferimento e presi dalla miglior prassi e dottrina con l'avallo della Consob – risiede proprio nella funzione che ha il giudizio sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano. Infatti soprattutto nel piano di risanamento la relazione è quella “prognosi” (di cui parlavamo) sulla possibilità di uscire dalla crisi sulla base delle risultanze del piano; prognosi che serve principalmente ai creditori, destinatari della proposta debitoria, per decidere in sede di votazione se approvare o meno il piano. Se proviamo a pensare allo spazio che il legislatore tende sempre più a lasciare all'autonomia privata, cercando di semplificare e velocizzare queste procedure proprio per aumentare le speranze di una fuoriuscita dal baratro della crisi, la funzione di un soggetto che “spiega” ai creditori votanti come stanno le cose realmente e quale saranno i possibili esiti del piano che andranno ad approvare è più che fondamentale. Il fatto è che più si lascia libero sfogo alle parti private, più di-

nell'ambito delle procedure di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piano di risanamento attestato, reperibili su www.cndcec.it, citati da P. MENTI, Nuove opportunità e rinnovati problemi cit., ivi a p. 460.

³⁰ Così G. SAVIOLI, *op. cit.*, ivi a p. 6.

³¹ M. VITIELLO, *Le soluzioni concordate cit.*, ivi a p. 3.

viene importante l'atteggiamento di correttezza che queste – in particolare il proponente il quale beneficerà dell'esdebitazione – devono tenere. Come “garanti” della tutela creditoria il legislatore ha preposto il professionista attestatore prima e il commissario giudiziale e il tribunale poi. Ecco che possiamo ribadire, ma questa volta con più forza, la reale portata della relazione attestatrice di cui al 67 comma 3 lett. d): essa ha un'essenziale funzione informativa del ceto creditorio analizzando ed evidenziando tutte le incertezze che il piano porta con sé, «come il possibile venir meno dei presupposti di quest'ultimo, gli eventuali sviluppi inattesi, i probabili errori di valutazione, nonché i ritardi nell'attuazione e nell'esecuzione del programma di ristrutturazione»³². Ora possiamo comprendere pienamente il motivo per cui si rende necessaria l'applicazione dei suddetti principi di revisione. Vista la funzione di “garante” della corretta informazione creditoria, non si può ancorare la relazione del professionista al suo mero buon senso, perché altrimenti quale garanzia³³ potrebbe mai sussistere per il ceto creditorio che si dovrebbe affidare *in toto* ad un soggetto peraltro scelto dal debitore proponente? Sulla stessa linea di pensiero il legislatore ha anche finalmente esplicitato la necessaria indipendenza dello stesso professionista³⁴, sempre per essere certi della genuinità delle informazioni che questi darà ai creditori e invero anche al tribunale³⁵.

Tornando al contenuto della relazione, sempre per i motivi dinnanzi esposti, essa dovrà essere adeguatamente motivata ed esplicitare l'indicazione di siffatti parametri e metodi seguiti per la determinazione data

³² Cfr. P. MENTI, *op. cit.*, ivi a p. 160-161.

³³ Vedremo poco *infra* che non è comunque una garanzia assoluta di risultato, ma una semplice garanzia di metodo, altrimenti sarebbe pretendere troppo dal professionista.

³⁴ Si rimanda a *supra*, paragrafo 2.

³⁵ Infatti la Cass. Sez. Un., nella recentissima, già citata, pronuncia 1521/2013, ha specificato che destinatari della relazione attestatrice non sono solamente i creditori, ma bensì anche il Tribunale, il quale dovrà poi effettuare un giudizio; sulla cui portata vedremo *infra*. Così anche F. LAMANNA, *L'indeterminismo cit.*, ivi a p. 6.

sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano ³⁶. A questo punto si dovrebbe delineare in maniera più approfondita il giudizio di fattibilità riguardo al piano di risanamento ma, essendo la trattazione dell'argomento strettamente correlata al tema della redazione dello stesso *business plan* ³⁷, chi scrive ritiene di trattare questi due argomenti congiuntamente parlando di concordato in continuità aziendale ³⁸. Lo stesso discorso vale per le altre attestazioni ora espressamente richieste dalla legge fallimentare in tema di finanziamenti “in corso di procedura” e pagamento dei creditori anteriori.

4. Tutela dei creditori e rischio di eccessiva responsabilizzazione del professionista. Cenni al Chapter 11

A causa della suddetta assunzione di responsabilità richiesta agli attestatori, ma anche a causa dell'introduzione del nuovo 216 bis l. fall. che configura due ipotesi di reato (una commissiva e l'altra omissiva) e due aggravanti, il rischio di un'eccessiva responsabilizzazione del professionista è alle porte. A causa anche della genericità del 216 bis nel termine “informazioni” ³⁹, tra gli aziendalisti è sorto un dubbio sulle sorti di siffatta professione ⁴⁰; dubbio che investe la quantità di certezze che l'attestatore è chiamato a dare per legge evitando di incappare in gravi responsabilità anche penali. Se da una parte è imprescindibile, come abbiamo visto finora, presentare il più possi-

³⁶ Così P. MENTI, *op. cit.*, ivi a p. 459; Corte Cass. Sentenza n. 21860/2010 *cit.*; e le recentissime pronunce Trib. Novara, Sez. fall., decreto 29 giugno 2012; Trib. Roma, Sez. fall., decreto 5 maggio 2012.

³⁷ Di cui agli artt. 161 comma 2 lett. e); 182 quinquies comma 4; 186 bis comma 2 lett. c).

³⁸ Si veda *infra*, cap. IV, paragrafi 7-8.

³⁹ Come visto *supra*, paragrafi 1-2.

⁴⁰ Cfr. P. RIVA, *La selezione avversa cit.*, l'Autrice citata paventa l'ipotesi di una selezione avversa tra i professionisti attestatori per cui quelli tra loro che rispettano rigidamente le norme e la prassi giurisprudenziale potrebbero ben difficilmente arrivare a giudicare un piano fattibile e quindi, vista la nomina debitoria, tenderebbero ad uscire dal mercato; mentre quelli meno avversi al rischio potrebbero approvare con più facilità il piano e quindi sarebbero preferiti, non per la loro bravura o correttezza, ma semplicemente perché maggiormente disposti a rischiare.

bile un quadro realistico ai creditori, ai fini di farli scegliere con cognizione di causa secondo il brocardo “conoscere per deliberare”, è altrettanto vero che non si può pretendere dall’attestazione in parola un grado di certezza tale da sconfinare (secondo l’espressione di L. Quattrocchio e R. Ranalli) in “poteri divinatori”. Le “garanzie” che il professionista deve fornire ai creditori circa l’idoneità dell’impresa ad uscire dalla crisi nei termini indicati nel piano non sono (né possono essere) garanzie assolute di risultato, ma semmai garanzie di metodo. A ben vedere proprio l’ancoraggio a quei principi contabili visti finora e la definizione del perimetro della sua indagine ed attestazione permettono di conferire al giudizio del professionista siffatta garanzia di metodo e d’altro canto gli consentono di svincolarsi da censure che potrebbero essergli mosse sul piano civile, ma anche penale ⁴¹.

Quanto poi alla tanto predicata importanza dell’attestatore per la tutela creditoria occorre, ad avviso di chi scrive, prestare un breve seppur significativo sguardo al Chapter 11 statunitense, procedura dalla quale in gran parte ha attinto il legislatore degli anni 2005-2007 e quello odierno. Facendo richiamo al diritto nordamericano si nota come nel Chapter 11 non sia presente una figura simile al professionista attestatore dotato dei requisiti d’indipendenza di cui all’art. 67 comma 3 lett. d) e che la corretta tutela dell’informazione creditoria ruoti intorno alla relazione informativa (*disclosure statement*), che necessariamente deve accompagnare il piano e che – nei primi vent’anni di vigenza del Code – era preventivamente sottoposta al vaglio della Corte prima dell’approvazione del piano da parte dei creditori e oggi va approvata contestualmente ad esso ⁴². Questo può indirizzarci circa un atteggiamento meno sospettoso nei confronti del debitore concordatario da parte del legislatore d’oltreoceano, ma in realtà anche lì il problema di bilanciare l’interesse del debitore ad una procedura il più snella possibile con

⁴¹ Ancora P. RIVA, *ivi* a p. 3.

⁴² Cfr. *Supra*, Capitolo I, paragrafo 7.

quello di una corretta informazione della massa dei creditori è ben conosciuto; tanto è vero che in caso di atteggiamenti di sospetta frode o incompetenza sono legittimati a chiedere la nomina di un *examiner* o addirittura di un *trustee* ⁴³, figure che nel nostro concordato non sono presenti ⁴⁴. Si tenga allora presente l'identità di *ratio* tra la relazione informativa statunitense di cui alla sez. 1125 dello U.S. Code e l'attestazione di cui al nostro 161 comma 3 l. fall.: entrambe mirano a tutelare la corretta informazione creditoria, per permettergli una consapevole decisione riguardo l'approvazione del piano.

5. Ruolo del Tribunale e giudizio di fattibilità.

Confronto col Chapter 11

Da diversi anni (soprattutto dopo la riforma del 2005) dottrina e giurisprudenza hanno cominciato a porsi il problema di quale sia il ruolo che il giudice deve svolgere nel concordato preventivo e conseguentemente quali siano i suoi poteri in ambito di giudizio di fattibilità del piano. Siamo di fronte ad un istituto non marcatamente pubblicistico ma che, come il fallimento, deve pur sempre considerarsi una procedura concorsuale; la sua approvazione da parte della maggioranza vincola anche la minoranza dissenziente ⁴⁵ e per di più gli effetti indiretti dell'accordo si produrranno anche verso i terzi che non votano – come i coobbligati, i fideiussori e gli obbligati in via di regresso – rispetto ai quali i creditori conservano impregiudicate le ragioni di credito e che perciò si troveranno ad essere

⁴³ Cfr. *Supra*, Capitolo I, paragrafi 3.2, 3.3, 10, 11.

⁴⁴ Si veda però Tribunale di La Spezia, Sez. Fallimentare, decreto 25 settembre 2012, il quale ha deciso di nominare comunque un ausiliario che assista e controlli il debitore nella formazione del piano rifacendosi alle regole generali del c.p.c. (in particolare all'art. 68 c.p.c.). Prassi seguita da altri tribunali, tra cui quello di Padova.

⁴⁵ Cfr. G. BOZZA, *Il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2012, 4, p. 377 ss., ivi a p. 379.

aggrediti per la parte di debito che non sia stato rimesso al debitore principale ⁴⁶. Invero pensando al concordato con continuità si potrebbe ottenere l'omologazione di un piano che, se tutto va per il meglio, evitando il fallimento, può essere idoneo a trascinare l'impresa fuori dalla crisi a tutto vantaggio non solo dei creditori, – che otterranno una soddisfazione maggiore rispetto al fallimento – ma anche dei lavoratori, dei fornitori e degli altri contraenti dell'impresa in crisi che potranno preservare le loro relazioni con la stessa. D'altra parte può accadere però che i creditori chirografari più “deboli”, che di solito sono anche i meno informati, siano in realtà indotti ad approvare un piano poco vantaggioso nei loro confronti e che i fornitori e lavoratori considerati non “essenziali” per la prosecuzione dell'attività d'impresa subiscano supinamente e magari immotivatamente il 169 bis, ovvero peggio ancora che un piano il quale sembrava *prima facie* idoneo a salvare l'impresa in realtà si riveli un ultimo vano tentativo di tenerla in vita, con perdita di tempo e denaro per tutti i creditori concorsuali. Quindi gli interessi posti sul piatto della bilancia sono molteplici e vanno talvolta oltre la semplice dialettica tra debitore e creditori, coinvolgendo tutta una serie di soggetti che ben poco possono fare per evitare il peggioramento della loro situazione.

D'altra parte sarebbe certamente sbagliato e anacronistico non tenere bene in mente la forte carica privatistica del concordato. Il legislatore ha più volte dimostrato, in un crescendo degno di nota, che la *ratio* delle continue riforme è quella di lasciare uno spazio il più ampio possibile alle parti, private agevolando il ricorso a questo istituto come alternativa al fallimento. Si pensi ai requisiti soggettivi ed oggettivi, che hanno subito un'attenuazione a dir poco notevole con la riforma 2005 e conseguentemente si pensi alla proposta di concordato sempre più flessibile; ma anche alla possibilità di un

⁴⁶ Cfr. I. PAGNI, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva “funzionale” aperta dal richiamo alla “causa concreta”*, in *Il Fallimento*, 2013, 3, p. 279 ss., ivi a p. 286.

concordato “con riserva” di cui al 161 comma 6 l. fall. e a quel comma 10 dello stesso 161 l. fall. che sembra dare prevalenza al concordato, cosa che crea non pochi problemi di coordinamento con quella giurisprudenza che ancora oggi si riserva un giudizio caso per caso sulla scelta tra le due procedure ⁴⁷; ancora si pensi alla esplicitazione del concordato con continuità di cui al 186 bis con la possibilità per il debitore di pagare i crediti anteriori alla procedura ai fornitori essenziali e al suddetto 169 bis che gli consente di sciogliere i contratti pendenti che lo ostacolano nella prosecuzione dell’attività; il nuovo 179 comma 2 l. fall., il quale prevede che, mutate le condizioni di fattibilità del piano, anche i creditori assenzienti possano costituirsi nel giudizio di omologazione per modificare il voto, quasi a ribadire che i creditori sono i primi difensori di se stessi; si pensi alla possibilità di ottenere un’autorizzazione a contrarre nuovi finanziamenti “in corso di procedura” di cui al 182 quinquies; si pensi infine anche all’esplicitazione della nomina dell’attestatore da parte del debitore e il rafforzamento dei suoi requisiti d’indipendenza. Sono tutti interventi sintomatici di un *favor* per il concordato preventivo, e per la continuazione dell’impresa in particolare, in un’epoca in cui le imprese sono sempre più in difficoltà ed hanno bisogno di maggiore respiro, datogli ad esempio dal blocco di azioni esecutive e cautelari anticipato al momento della pubblicazione della domanda di pre-concordato o dalla possibilità di ottenere nuova finanza o ancora di ottenere dilazioni o di sciogliersi da contratti particolarmente gravosi. Certo è però che tutto questo *mix* di norme, seppur favorevoli per il debitore e per la continuità aziendale, può ritorcersi contro i creditori più deboli ponendo, a parere di Alcuni, dei

⁴⁷ Si fa riferimento in particolare alla sentenza Cass., n. 18190/2012, ma anche alla recentissima Cass., Sez. Un., 1521/2013; Cfr. *Supra*, capitolo II.

problemi di coordinamento col principio della *par condicio creditorum* di cui all'art. 2741 c.c. e agli artt. 3 e 42 Cost.⁴⁸.

A fare da contrappeso tra i molteplici, talvolta opposti, interessi che coinvolgono il concordato preventivo il legislatore ha posto delle figure, quali il professionista attestatore, il commissario giudiziale e il tribunale, le quali dovrebbero completarsi e coordinarsi in modo da non risultare troppo “ingombranti” per debitore e creditori, che rimangono comunque i veri protagonisti dell'accordo. Il compito del professionista lo abbiamo già ampiamente delineato. Ora facendo riferimento al Tribunale viene da chiedersi anzitutto come queste due figure si rapportino tra loro e quale sia il perimetro del sindacato dei giudici riguardo la relazione attestatrice. Per tirare le fila di quanto detto finora il problema è che da una parte bisogna garantire ai creditori (tutti) quel grado di informazione tale da renderli pienamente consapevoli del voto che daranno in sede di approvazione e tenere conto del fatto che il concordato vincola anche i non assenzienti e financo i non votanti; dall'altra è fondamentale non limitare troppo la libera trattativa debitore-creditori, tramite un'eccessiva ingerenza degli organi della procedura, che può portare ad uno scarso utilizzo dello strumento concordatario. Ora per capire la reale portata del problema è bene fare riferimento ancora una volta al diritto statunitense visto che ormai da molti anni gli operatori d'oltreoceano si confrontano con tali questioni di pesi contrappesi nella procedura di *reorganization*.

Nei primi anni di vigenza del Bankruptcy Code del 1978, stando alla volontà del legislatore così come desunta dai lavori preparatori⁴⁹, la Corte

⁴⁸ Per tutti P. MENTI, *Nuove opportunità e rinnovati problemi per le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, estratto da Odeo Olimpico XXVII, Accademia Olimpica, Vicenza, 2010, p. 451-459; L. LANFRANCHI, *Costituzione e procedure concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2010; indirettamente in tal senso anche P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla formazione della prededuzione e la nullità o inefficacia degli atti prodromici o interni al concordato*, in atti del Convegno Controllo del giudice ed autonomia privata nel concordato preventivo, presso Corte Suprema di Cassazione, Roma, 11 ottobre 2012, reperibile nel sito della Suprema Corte. Cfr. *Infra*, Capitolo IV, ultimi due paragrafi e Conclusioni.

doveva ingerire il meno possibile nelle trattative tra debitore e creditori. Si riteneva che solo il naturale esito di libere trattative potesse portare ad una più efficace riorganizzazione dell'impresa. Se questo era l'obiettivo non si dimenticava certo il rischio della disinformazione dei creditori più "deboli" e si cercava, tramite l'approvazione da parte della Corte di una relazione informativa detta *disclosure statement* ⁵⁰ – prima della votazione dei creditori –, di garantire "adequate informazioni" a tutti coloro che dovevano decidere sulla proposta di Chapter 11. Tuttavia la relazione era a cura del proponente e non vi era (e non vi è tuttora) una previsione circa un professionista indipendente che attesti la fattibilità del piano. Inoltre per esigenze di speditezza con la riforma delle piccole imprese del 1994, seguendo quanto già faceva la prassi, l'approvazione della relazione informativa si ha solo contestualmente all'omologa del piano, a meno che qualche creditore non si opponga ⁵¹. D'altro canto proprio per l'assenza della figura del professionista e per questa approvazione della relazione informativa sempre più tardiva, il ruolo del giudice andò via via progredendo.

Innanzitutto occorre distinguere, al contrario di quando dice la nostra Cassazione a Sezioni Unite ⁵², tra il potere in fase di ammissione e quello in fase di omologazione o di revoca. Come visto *supra* ⁵³ l'avvio di una procedura di Chapter 11 si ha con un'istanza di parte alla Corte dalla quale scaturiscono tutta una serie di effetti quali, ad esempio, *l'automatic stay* e la possibilità di ottenere l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili; il piano sarà poi presentato esclusivamente a cura dal debitore nei primi 120 giorni e poi, eventualmente, potrà essere presentato anche da parte dei creditori, ma non si rinviene (almeno nei primi vent'anni di vigenza del Co-

⁴⁹ Cfr. Relazione al Bankruptcy Code, H. R. Rep. N. 595, 95th Cong., 2nd Sess., in 1978 U.S., Code Cong. & Admin. News. 5963, 6179-84.

⁵⁰ Di cui *supra*, Capitolo I, paragrafo 5.2.

⁵¹ Cfr. *supra*, Capitolo I, paragrafo 7, p. 15; paragrafo 11, p. 53.

⁵² Cfr. Sentenza Cass. SS.UU.1521/2013.

⁵³ Cfr. *supra*, Capitolo I, paragrafo 4.

de) un termine entro il quale presentarlo. Così si pone il problema di verificare se il piano è realmente fattibile in un tempo utile per poi convertire in Chapter 7 (procedura liquidatoria) nel caso in cui non ci siano speranze di recuperare l'impresa. Infatti siccome non vi è il professionista attestatore e la Corte giudica(va) sì la fattibilità al posto dello stesso, ma solo in fase di omologazione ⁵⁴, si andava avanti inutilmente con procedimenti privi di speranze di una buona riuscita ⁵⁵. Per questo motivo, sempre dalla riforma del 1994 per le piccole imprese, il giudice può fissare un'udienza “filtro” per decidere sulla fattibilità dell'operazione anche senza avere davanti un piano vero e proprio, ma solo le linee guida dello stesso; nel caso in cui non lo ritenga idoneo a portare a compimento al procedura di *reorganization*, dispone la conversione in *liquidation*. Sempre in tale udienza può invece decidere per la fissazione di un termine per presentare il piano a pena di inammissibilità ⁵⁶. Quindi nei primi vent'anni di vigenza del Chapter 11 il giudice poteva ingerire ben poco fino alla fase di omologazione venendo considerato come un mero “controllore esterno” della volontà delle parti. In seguito però – visti gli abusi di quei debitori che, d'accordo con alcuni creditori disperdevano quanto era rimasto sfruttando gli istituti che avevano a disposizione per poi, dopo molto tempo, lasciar decadere l'impresa – assunse un'incisività a dir poco penetrante anche in ambito di fattibilità nella fase precedente all'omologazione.

Invece riguardo la fase di omologazione fin dai primi anni di vigenza del Code (spettava e) spetta al giudice la possibilità di sindacare la fattibilità

⁵⁴ Peraltro neanche sempre, perché se nessun creditore si oppone all'omologazione la Corte non andrà a porsi il problema della fattibilità.

⁵⁵ Abbiamo visto infatti nel Capitolo I, paragrafo 10, come la percentuale di procedimenti risanatori delle imprese in crisi andati ad omologazione nei primi vent'anni di vigenza del Chapter 11 fosse bassissima (10%) e questo proprio perché molti dei procedimenti iniziati erano già destinati sul nascere a “fallire”.

⁵⁶ Cfr. *supra*, Capitolo I, paragrafo 11.

⁵⁷. Tuttavia proprio per l'assenza della figura del professionista attestatore non si pone alcun problema circa una possibile incisione anche nel merito di questioni prettamente economiche da parte della Corte, che semmai nominerà un consulente tecnico. Del resto anche riguardo il giudizio molto più penetrante sulla convenienza della procedura di *reorganization* rispetto a quella di *liquidation*, la Corte, su richiesta di qualsiasi interessato, può effettuare tale giudizio in ogni momento (sempreché però almeno una parte interessata faccia istanza), procedendo caso per caso a seconda del *best interest of creditors* ⁵⁸. Questa enorme incisività del giudice statunitense, dapprima solo in fase di omologazione poi in tutta la procedura, è dovuta ad avviso di chi scrive principalmente alla mancanza del professionista attestatore. Bisogna assicurare in qualche modo la tutela dell'informazione creditoria e scremare *ab origine* i piani totalmente infattibili, ma questo si può ottenere in modi diversi. Il legislatore statunitense, partito dall'idea di un'estrema libertà per le parti private fino all'omologazione si è accorto che mancava qualcosa; ha però risolto il problema conferendo maggior potere ai giudici e non creando quella figura di attestatore conosciuta dal nostro ordinamento ⁵⁹.

Il legislatore italiano sembra ⁶⁰ aver seguito il percorso opposto. Il concordato preventivo del '42 dava molto peso alla figura del giudice, sia come controllore severo dei requisiti soggettivi ed oggettivi imposti all'imprenditore «onesto ma sfortunato», sia affidandogli il giudizio di convenienza tra le procedure (concordataria e fallimentare) anche contro il volere dei creditori (finanche all'unanimità). Gli interventi riformatori del

⁵⁷ Anche nel Chapter 11 per fattibilità si intende una prognosi sulla possibilità di realizzare la proposta nei termini prospettati dal piano. Con le precisazioni fatte in nota 54.

⁵⁸ Cfr. Capitolo I, paragrafo 3.5 e 9.

⁵⁹ Seppur siano presenti le figure del *trustee* e dell'*examiner*, questi sono organi della procedura, figure ben diverse dal nostro professionista; per approfondirle si veda *supra*, Capitolo I, paragrafi 3.2, 3.3.

⁶⁰ Si usa «sembra» perché vedremo che non sarà poi tanto dissimile l'incisività che il giudice italiano ha oggi, soprattutto nelle fasi anteriori all'ammissione, qualora siano richieste particolari autorizzazioni.

2005-2007 hanno invece alleggerito di molto i requisiti di accesso allo strumento concordatario e hanno «cancellato il generale e autonomo giudizio di convenienza», prevedendo che «nel giudizio di omologazione si possa tenere conto della eventuale maggiore soddisfazione ricavabile in concreto dalla liquidazione fallimentare soltanto nella ipotesi che tale valutazione sia sollecitata rispetto alla propria esclusiva posizione da un creditore dissenziente appartenente a classe dissenziente», ossia il c.d. *cram down* di derivazione statunitense di cui al 180 comma 4, l. fall.⁶¹ Invero a fare da contrappeso è stata introdotta la figura del professionista stimatore e attestatore di cui agli artt. 160 comma 2 e 161 comma 3, l. fall.; si dibatteva però sulla reale portata dell'indipendenza dello stesso, limitandosi il vecchio art. 67 l. fall. a statuire che dovesse essere iscritto nel registro dei revisori contabili e avere i requisiti dell'art. 28 lett. a) e b) l. fall. Ecco che prontamente il legislatore del “Decreto Sviluppo” è intervenuto prevedendo la designazione da parte del debitore e sancendone a chiare lettere la sua necessaria indipendenza⁶². Queste modifiche, insieme a quelle dette poco *supra*, ci inducono a riflettere su un cambiamento di rotta della *ratio* concordataria che porta sempre più ad una “privatizzazione” dello stesso e mira ad uno snellimento procedurale in un’ottica di *favor* non tanto e non solo per l'imprenditore, ma soprattutto per l'impresa stessa. D'altra parte le misure necessarie per bilanciare tale *favor* con la necessaria tutela dei creditori sono, ad avviso di chi scrive, ora concentrate nella figura del professionista attestatore; tanto che la suddetta esplicitazione del requisito fondamentale d'indipendenza e la sua maggior responsabilizzazione anche in ambito penale lo dimostrano⁶³. Quindi se il legislatore statunitense, nel contemperamento degli interessi contrapposti che sottendono il concordato preventivo, ha preferito affidarsi all'organo

⁶¹ Cfr. P. MENTI, *op. cit.*, ivi a p. 455.

⁶² Di cui *supra*, paragrafo 2.

⁶³ In particolare l'introduzione dell'art. 216 bis, l. fall., da parte del “Decreto Sviluppo” suddetto, convertito in l. 83/2012. Per una visione più precisa si veda *supra*, paragrafi 1 e 4.

giurisdizionale (eterotutela), il legislatore italiano sembra proprio aver optato per un rafforzamento dell'autotutela creditoria, con conseguente responsabilizzazione del professionista che ha *in primis* il compito di giudicare la fattibilità del piano e, tramite la sua relazione, di rendere i creditori pienamente consapevoli della propria decisione in sede di approvazione, ma anche in seguito, fino al giudizio di omologazione ⁶⁴. Chi si accinge ad affrontare lo spinoso tema del ruolo del giudice nel giudizio di fattibilità e nel concordato preventivo in generale non può non tenere conto di questi accadimenti. Dovremmo però chiederci se queste previsioni in tema di attestatore bastino a garantire una tutela effettiva ai creditori concorsuali ovvero se sia necessario comunque conferire un potere maggiore al tribunale proprio come conseguenza dell'enorme *favor* per il debitore, che gli permette di sfruttare istituti molto vantaggiosi, ma vedremo anche rischiosi ⁶⁵.

6. Le soluzioni prospettate da dottrina e giurisprudenza prima dell'intervento delle Sezioni Unite

Nonostante le tesi prospettate in dottrina e giurisprudenza siano le più varie, attribuendo a seconda più o meno potere al giudice, per esigenze di chiarezza e concisione tenteremo di esporre i tre principali orientamenti così come individuati da alcuni Autori ⁶⁶.

1) *Controllo di legalità formale*. Questa tesi tende a negare del tutto un controllo di merito e finanche di legalità sostanziale limitando il compito del giudice ad un esame meramente formale dei documenti e della relazione di

⁶⁴ Si ricordi infatti il nuovo 179 comma 2, il quale «mutate le condizioni di fattibilità del piano», permette oggi anche ai creditori assenzienti di costituirsi nel giudizio di omologazione per modificare il proprio voto.

⁶⁵ Questo è quello che sembra risultare dalla pronuncia della Sezioni Unite (Cass., SS. UU. 1521/2013).

⁶⁶ In particolare F. LAMANNA, *L'indeterminismo creativo cit.*, ivi a p. 2-3 e P. MENTI, *op. cit.*, ivi a p. 457.

cui al 161 l. fall. Secondo tale orientamento il tribunale dovrebbe svolgere un ruolo quasi “notarile” certificando l’esistenza dei documenti suddetti e rimanendogli preclusa qualsiasi indagine circa la fattibilità del piano. Tra i principali sostenitori della tesi formalista vi è V. Zanichelli ⁶⁷, peraltro estensore di alcune delle sentenze più significative in favore della tesi in parola ⁶⁸.

In particolare nella sentenza Cass., n. 13817/2011 si legge che «il tribunale è **privo del potere di valutare d’ufficio il merito della proposta**, in quanto tale potere appartiene solo ai creditori»; «**solo in caso di** dissidio tra i medesimi (i.e. i creditori) in ordine alla fattibilità, denunciabile attraverso l’**opposizione** all’omologazione, il tribunale, preposto per sua natura alla soluzione dei conflitti, **può intervenire** risolvendo il contrasto **con una valutazione di merito**» ⁶⁹. Ecco che quantomeno in fase di ammissione rimane precluso un qualsiasi giudizio sulla fattibilità. Tuttavia a parte questa pronuncia della Cassazione, la tesi del mero controllo formale era in auge più che altro prima della riforma del 2007 ⁷⁰; infatti i suoi sostenitori si appigliavano con forza al dettato normativo dell’art. 163 comma 1 l. fall., come modificato dal D.L. n. 35/2005, il quale prevedeva che il tribunale dovesse «verificare la completezza e la regolarità della documentazione» ⁷¹. Lo

⁶⁷ Cfr. inoltre G. LO CASCIO, *Aspetti interpretativi del giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2007, p. 549; G. BOZZA, *Il vecchio, l’attuale e il (forse) prossimo art. 173 ult. parte della legge fallimentare*, in *Il Fallimento*, 2007, p. 685; G. FAUCEGLIA, *Il ruolo del tribunale nella fase di ammissione del nuovo concordato preventivo*, in *Il Fallimento* 2005, p. 1302; G.U. TEDESCHI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2006, p. 565.

⁶⁸ Si fa qui riferimento a Cass., n. 3274/2011; Cass., n. 13817/2011; Cass. 13818/2011. Sempre a sostegno di tale tesi, ma in riferimento alla disciplina *ante* riforma 2007, cfr. App. Firenze 29 maggio 2012, in *il fallimentarista*; App. Roma 18 settembre 2010, in *Dir. fall.*, 2011, II, p. 18; App. Torino 27 gennaio 2010, in *Il Fallimento*, 2010, p. 497; Trib. Biella 10 febbraio 2011, in *Il Fallimento*, 2011, p. 806; Trib. Milano 13 luglio 2006, in *Il Fallimento*, 2007, I, p. 110; Trib. Milano 17 marzo 2006, in *Il Fallimento*, 2006, 6, p. 729; Trib. Torino 17 novembre 2005, *ivi*, 2006, 6, p. 691; Trib. Milano 7 novembre 2005, in *Redazione Giuffrè*, 2005; Trib. Pescara 23 marzo 2005, in *Il Fallimento*, 2005, p. 705; Trib. Sulmona 19 gennaio 2005, *ivi*, 2006, 5, p. 608.

⁶⁹ Grassetto e corsivo aggiunti.

⁷⁰ D.lgs. n. 169/2007.

⁷¹ Cfr. F. LAMANNA, *Controllo giudiziale sulla fattibilità e la convenienza nel giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *Relazione predisposta su invito dell’Ufficio dei referenti*

stesso Zanichelli sottolineava la necessità di prendere atto della connotazione privatistica impressa dal legislatore alla gestione dell'insolvenza e di abbandonare «l'idea, pur giustificata dall'intento di proteggere i creditori "deboli", di un ceto creditorio sostanzialmente bisognoso della tutela del tribunale in quanto incapace di valutare correttamente la proposta»⁷². L'Autore insisteva sul fatto che il ruolo del tribunale si dovesse esplicare in un controllo sulla completezza formale del piano, accompagnato dall'accertamento sul grado di informazione dei creditori che doveva essere tale da metterli in condizione di decidere consapevolmente⁷³. Riguardo la relazione dell'attestatore ribadiva che il tribunale non poteva dichiarare inammissibile il concordato solo perché non condivideva il giudizio di fattibilità dell'esperto «in quanto si tratta di un giudizio che presuppone pur sempre valutazioni prognostiche che il Collegio non può arrogarsi di fare in sostituzione dei creditori, non necessariamente meno attrezzati in materia»; aggiungeva però «tranne nel caso di macroscopiche assurdità», lasciando aperto lo spazio ad un controllo un po' più penetrante⁷⁴.

La riforma del "Decreto Correttivo" del 2007 ha eliminato quell'inciso del 163 comma 1 cui si appigliavano tanti autori e, modificando l'art. 162 l. fall., ha statuito che il tribunale deve dichiarare inammissibile la domanda qualora ritenga che non sussistano i «presupposti di cui agli art. 160, commi primo e secondo». Questo ha indotto i sostenitori della tesi formalistica a rimettere in discussione la loro opinione. Tra questi proprio Zanichelli insiste sul fatto che non vi sia tuttora spazio per una valutazione

per la formazione decentrata presso la S. Corte di Cassazione in relazione all'incontro di studio dell'11 ottobre 2012 in Roma dal titolo "*Controllo del giudice ed autonomia privata nel concordato preventivo (gli indirizzi del merito a confronto e le novità della legge n. 134 del 2012)*", p. 13.

⁷² Concordi con l'Autore anche G. FAUCEGLIA, *op. cit.*, ivi a p. 1302; G. BOZZA, *L'organo deputato alla verifica della maggioranza del nuovo concordato*, in *Il Fallimento*, 2005, p. 803.

⁷³ Cfr. V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali cit.*, ivi a p. 182-183.

⁷⁴ Sempre V. ZANICHELLI, *op. cit.*, ivi a p. 183.

del giudice in ordine alla fattibilità del piano ⁷⁵; infatti a parere dell'illustre Autore l'esame dei presupposti di cui al 160 l. fall. riguarda i presupposti soggettivi ed oggettivi per l'accesso all'istituto, quali l'esistenza dello stato di crisi e della qualità di imprenditore fallibile; il piano, che deve avere come fine la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori ⁷⁶; nel caso di concordato con classi un esame sulle stesse; ma mai l'esame circa la prognosi di riuscita del piano stesso. Inoltre tornando sulla figura dell'attestatore ribadisce che l'insistenza con cui il legislatore si è occupato di tale figura non avrebbe senso se poi il tribunale dovesse «rivedere il suo giudizio come se si trattasse di un qualunque atto di provenienza del proponente» ⁷⁷. Quindi ad avviso di Zanichelli, e di chi come lui sostiene ancora la tesi del controllo di legittimità formale, le modifiche del decreto correttivo del 2007 non sono state comunque idonee ad ampliare il sindacato del giudice. Invero, concludendo le sue argomentazioni, sostiene che la motivazione dell'attestatore deve essere motivata in maniera «non illogica e non incongrua» e che la valutazione su questa logicità e congruità spetta al tribunale, mostrando quindi di aver compiuto un passo in là verso la tesi di legalità sostanziale, pur rimanendo ancora contrario alla stessa.

2) *Controllo di legalità sostanziale.* I *leading cases* sono le sentenze della Suprema Corte n. 18987/2011 (est. Cultrera), n. 21860/2010 (est. Fioretti) e

⁷⁵ Cfr. R. SACCHI, *Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'Autorità giudiziaria*, in *Il Fallimento*, 2009, I, p. 30 ss.; A. PENTA, *Il controllo del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo e la prosecuzione dell'attività d'impresa*, *Il Fallimento*, 2008, p. 85.

Contra cfr. G. RAGO, *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, in *Il Fallimento*, 2008, p. 266; L. ABETE, *Il ruolo del giudice e il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, in *Il fallimento*, 2008, p. 255.

⁷⁶ Contra S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, in *Strumenti di Diritto fallimentare* a cura di S. Ambrosini, p. 60-62, secondo cui proprio il fatto che il piano deve avere come finalità la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori porta ad un controllo "indiretto" (o di secondo grado) sulla fattibilità del piano da parte del giudice.

⁷⁷ Cfr. V. ZANICHELLI, *op. cit.*, ivi a p. 184- 185; App. Roma 19 febbraio 2009, n. 1511.

n. 3586/2011 (est. Didone) ⁷⁸. In particolare nella sentenza n. 21860/2010 (est. Fioretti) si legge: «ciò **non significa**, però, che al tribunale la legge attribuisca **il solo controllo formale** della completezza della documentazione. Il Tribunale è chiamato ad effettuare una **valutazione più penetrante**», poiché deve «verificare che [...] la relazione del professionista attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, sia **adeguatamente motivata indicando le verifiche effettuate**, nonché **la metodologia ed i criteri** seguiti per pervenire alla attestazione di veridicità dei dati aziendali ed alla conclusione di fattibilità del piano»; da cui si comprende una chiara esclusione della tesi formalista. Inoltre la sentenza n. 18987/2011 (est. Cultrera) fa riferimento proprio al vaglio di legittimità sostanziale dicendo che «l'impossibilità originaria del piano, suscettibile di determinare a sua volta l'impossibilità della proposta, in quanto tale [è] rilevabile dal giudice **nell'ottica della legittimità sostanziale** dell'atto negoziale» ⁷⁹. Pertanto secondo le citate pronunce della Suprema Corte, il tribunale non può sindacare direttamente la fattibilità, ma può effettuare un controllo “indiretto” o “di secondo grado” sulla stessa, avendo come referente diretto del suo giudizio la relazione del professionista, la quale deve essere funzionale ad informare i creditori, rendendoli consapevoli del voto; inoltre deve «esporre le motivazioni attraverso le quali il professionista è giunto alle sue conclusioni, in modo da permettere ai terzi di sindacare queste ultime e di valutare autonomamente i requisiti del piano» ⁸⁰. Tra i sostenitori della tesi in parola vi è

⁷⁸ Per un'analisi approfondita delle pronunce della S. Corte citate si veda F. LAMMANA, *Il controllo giudiziale sulla fattibilità cit.* Altre pronunce di merito sono: Trib. Crotona, 26 ottobre 2011, in *Dir. fall.*, 2012, II, p. 408; Trib. Udine, 16 maggio 2011; App. Torino, 20 luglio 2009; Trib. Roma, 20 aprile 2010, in *Dir. fall.*, 2011, II p. 297; App. Roma, 18 aprile 2009, in *Dir. fall.*, 2010, II, p. 188; App. Milano, 4 ottobre 2007, *il Foro it.*, Rep. 2008, voce cit., n. 132; App. Torino, 19 giugno 2007, *ivi*, Rep. 2007, voce cit., n. 65; Trib. Milano, 9 febbraio 2007, *ivi*, n. 66.

⁷⁹ Grassetto e Corsivo aggiunti.

⁸⁰ Così P. MENTI, *op. cit.*, *ivi* a p. 461, che a sua volta cita le *Osservazioni sul contenuto delle relazioni del professionista nella composizione negoziale delle crisi d'impresa*, reperibili su www.cndcec.it; sul ruolo del professionista e sull'attestazione si veda *supra*, paragrafo 3.

chi precisa che la relazione del professionista ha per oggetto la valutazione di fattibilità del piano e non della proposta, in quanto quest'ultima «contiene un'obbligazione che può essere, o no, adempiuta e non è fattibile o infattibile»; il piano e cioè il mezzo di attuazione della proposta deve essere invece fattibile. Se dunque la fattibilità attiene al piano e se il piano attiene alla sfera dell'adempimento, il tribunale non può "aggredire" direttamente la fattibilità, dovendo invece spostare l'attenzione sul versante dell'attestazione per verificare che essa permetta davvero ai creditori di essere informati ed esprimere un voto consapevole ⁸¹. Infatti, rispetto ai formalisti, i sostenitori della tesi "sostanzialista" sono più cauti nel affermare che i creditori siano dotati di tutte le competenze necessarie e sufficienti per difendersi da soli in un'ottica di spiccata autotutela ⁸². Ad esempio A. Paluchowski ⁸³, seguendo

⁸¹ Così M. FABIANI, *Questione "fattibilità" del concordato preventivo tra lemmi isolati e novità legislative*, in Relazione predisposta su invito dell'Ufficio dei referenti per la formazione decentrata presso la S. Corte di Cassazione in relazione all'incontro di studio dell'11 ottobre 2012 in Roma dal titolo "Controllo del giudice ed autonomia privata nel concordato preventivo (gli indirizzi del merito a confronto e le novità della legge n. 134 del 2012)", p. 2-3.

⁸² G. LO CASCIO, *Concordato preventivo*, cit., ivi a p. 9; V. CALANDRA BUONAURA, *Disomogeneità di interessi dei creditori concordatari e valutazione di convenienza del concordato*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 16; A. JORIO, *Il concordato preventivo: struttura e fase introduttiva*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, a cura di A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, Zanichelli, 2010, p. 994; G. SCHIANO DI PEPE, *Alcune considerazioni sui poteri dell'autorità giudiziaria con riguardo al concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2010, II, p. 304; G. LAGONIGRO, *Problematiche in merito alla fase di ammissione al concordato preventivo*, ivi a p. 95; A. PATTI, *Il sindacato del tribunale nella fase di ammissione al concordato preventivo*, in *La crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio, Padova, Cedam, 2010, p. 332; P. MENTI, *op. cit.*, ivi a p. 459 ss.; S. PACCHI, L. D'ORAZIO, A. COPPOLA, *Il concordato preventivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, Milano, Ipsoa, 2009, p. 1858; A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, Zanichelli, 2009, p. 347; G. JACHIA, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in *Trattato* diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, Utet, 2009, p. 1616; S. AMBROSINI *Il concordato preventivo cit.*, ivi a p. 52 ss.; sempre S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti cit.*, ivi a p. 71; L. MANDRIOLI, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di S. Bonfatti e L. Panzani, Milano, Ipsoa, 2008, p. 702; P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 843; G. FAUCEGLIA, *Ancora sui poteri del Tribunale per l'ammissibilità del concordato preventivo: errare è umano, perseverare diabolico*, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 573; M.M. GAETA, *Fabbisogno concordatario e poteri di accertamento del tribunale*, ivi a p. 320; M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo dopo il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169*, in *Dir. Fall.*, 2008, I, p. 61; P. BOSTICCO, *La «resurrezione giurisprudenziale» dell'art. 173 l. fall. e la difficile distinzione fra atti in frode e sopravvenienze inattese*, in *Il Fallimento*,

una logica più garantista, afferma che «il giudice è rimasto l'unico soggetto cui spetta il compito di tutelare la massa dei creditori, tutela che si esplica attraverso la pretesa che l'attestazione del professionista sia fondata su criteri di serietà» e ancora che «non è credibile che l'intervento del tribunale sia stato mantenuto per avere un soggetto qualificato che controlli i documenti e conti i voti; [...] anzi che il suo ruolo sia comunque quello di garantire e tutelare coloro che non possono incidere efficacemente in questa operazione di risanamento, sia i privilegiati, ove non votino, sia le minoranze dissenzienti e i terzi». L'Autrice concorda con alcuni formalisti (tra cui Zanichelli) sul fatto che il giudice debba valutare *in primis* la sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi di accesso alla procedura e *in secundis* la documentazione prevista dall'art. 161 l. fall., comprensiva del piano che deve essere completo e intellegibile. Tuttavia si distanzia dalla tesi formalista esplicitando che esclude che il giudice svolga un controllo «di tipo notarile» e che, pur non potendo entrare nel merito del piano e della sua fattibilità, perché privo delle cognizioni tecniche necessarie potrà e dovrà riscontrare l'esistenza di un piano che sia immotivato ed apodittico, chiedendone eventualmente l'integrazione, ed in caso di omissione pronunciarne l'inammissibilità. Potrà altresì rifiutare un piano incomprensibile in termini generali o incoerente tra le premesse e le conclusioni in quanto non idoneo a consentire la legittima formazione del consenso dei creditori ⁸⁴. Insomma pur non dicendolo aper-

2007, p. 1443; M. VACCHIANO, *I poteri di controllo del tribunale in sede di ammissione del debitore al concordato preventivo*, ivi a p.1321.

⁸³ Cfr. P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *Manuale cit.*, ivi a p.844.

⁸⁴ Riguardo il controllo che il Tribunale deve svolgere sulla relazione del professionista, dapprima l'Autrice sembra allontanarsi fortemente da Zanichelli, mostrando anche una certa apertura ad un controllo di merito quando sostiene che «non si reputa che la contrattualizzazione delle procedure inibisca completamente l'analisi del merito da parte del giudice»; poi però spiega che tale controllo di merito non inerisce certo la fattibilità del piano, ma semmai proprio la relazione attestatrice, la quale deve essere motivata in maniera coerente, logica e completa. Quindi non sembra discostarsi poi molto dall' "ultimo" Zanichelli, che fa riferimento proprio a questo controllo sulla logicità e coerenza della motivazione, pur collocandosi rispettivamente l'uno più verso la tesi formalista, l'altra più verso la tesi sostanzialista. La grande differenza tra i due Autori si colloca probabilmente

tamente si schiera con la tesi del controllo cd. “indiretto” o “di secondo grado”⁸⁵, per cui il tribunale non può sindacare direttamente la fattibilità, ma solo indirettamente, verificando *ex ante* che l’attestazione sia effettivamente funzionale allo scopo e cioè che sia redatta con modalità tali da apparire un documento facilmente intellegibile dal quale trarre il convincimento che la prognosi dell’esperto sia o meno attendibile. Pertanto in fase di ammissione l’eterotutela si esercita attraverso un controllo di qualità non già sul concordato, ma sulle regole con le quali lo stesso viene offerto ai creditori⁸⁶. Quindi per i sostenitori di tale tesi, come dice a chiare lettere M. Fabiani, «la condizione di ammissibilità del concordato non è allora la verifica della fattibilità, ma il riscontro dell’adeguatezza della relazione».

Interessante è poi la posizione di S. Ambrosini, anch’esso aperto sostenitore della tesi qui esplicitata. L’Autore dopo aver prospettato argomentazioni alquanto simili a quelle dette finora rispetto il sindacato “indiretto” sulla fattibilità, citando una sentenza del Trib. di Roma in tema di pagamento dei creditori con una percentuale irrisoria dice: «il Tribunale di Roma, ***valutando la fattispecie secondo il criterio non formale ma funzionale della verifica sulla consistenza causale dei negozi giuridici*** ed affermando che anche la proposta di concordato, come atto di autonomia a contenuto patrimoniale, deve assolvere ad una funzione oggettivamente apprezzabile sotto il profilo della ragionevolezza economica, ha coerentemen-

nel concetto di “autotutela” ed “eterotutela”, per cui A. Paluchowski preferisce la seconda e si mostra più diffidente di Zanichelli rispetto all’indipendenza del professionista. Si riscontra pertanto, ad avviso di chi scrive, una sorta di evoluzione della tesi meramente formalista dopo il “decreto correttivo” del 2007, per cui volenti o nolenti, gran parte dei difensori di quella tesi li possiamo ad oggi collocare tra i sostenitori della tesi di legalità sostanziale. Cfr. anche P. MENTI, *op. cit.*, ivi a p. 458-459; G. BOZZA, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2011, p. 182 ss; M. ARATO, *op. cit.*, ivi a p. 61. E’ bene però sottolineare che tutti questi Autori citati in testo e in nota fanno riferimento a prima della riforma 2012, in cui, come si è visto *supra*, si è esplicitata l’indipendenza del professionista e una sua maggiore responsabilizzazione, anche penalistica.

⁸⁵ Di cui F. LAMANNA, *L’indeterminismo* cit., ivi a p. 2-3 e S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti* cit., ivi a p. 58-59.

⁸⁶ Cfr. M. FABIANI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 4.

te concluso che *offrire una percentuale di pagamento irrisoria e sostanzialmente simbolica ai propri creditori* avvalendosi della procedura di concordato preventivo *non soddisfa i requisiti minimi di ragionevolezza*⁸⁷; rifacendosi ai concetti di causa e di ragionevolezza economica, fa rientrare nel vaglio del giudice anche la percentuale di pagamento dei creditori. Anche se qui ci si riferisce alla “causa funzionale” e non alla “causa concreta”, della quale parlano anche le Sez. Unite nella sentenza 1521/2013, c’è comunque una nota comune, che è la volontà di affidare un controllo più incisivo all’organo giudiziario, rifacendosi a concetti con accezioni assai generiche, come la ragionevolezza, il controllo della causa in concreto da delinearsi caso per caso, la buona fede di cui parla il Chapter 11.

3) *Controllo di merito*. La tesi in parola è propugnata da alcuna giurisprudenza di merito⁸⁸ e dalla Suprema Corte nella pronuncia n. 18864/2011 (est. Bernabai). In quest’ultima sentenza si legge: «non v’è ragione di derogare ai principi generali in tema di *rilevabilità d’ufficio delle nullità (art. 1421 c.c.)*; *l’impossibilità dell’oggetto*, riscontrabile ove la proposta concordataria non abbia, alla luce della relazione del commissario giudiziale, alcuna probabilità di essere adempiuta» è «*estranea alla sfera dell’autonomia soggettiva di giudizio dei creditori*, perché «non di rischio di vizio funzionale della causa» si tratta, ma «di vero e proprio *vizio genetico, accertabile in via preventiva* alla luce della radicale e manifesta inadeguatezza del piano - per sopravvalutazione di cespiti patrimoniali o in-

⁸⁷ Cfr. S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo cit.*, ivi a p. 61; la sentenza è Trib. Roma, 16 aprile 2008, in *Banca borsa*, 2009, II. Grassetto e corsivo aggiunti.

⁸⁸ Cfr. App. Roma, 18 settembre 2010, in *Dir. fall.*, 2011, II, p. 18; App. Bologna, 15 giugno 2009, *Il Foro.it*, Rep. 2009, voce cit., n. 104; Trib. Roma, 24 aprile 2008, *ivi*, n. 105; Trib. Bari, 25 febbraio 2008, *ivi*, Rep. 2008, voce cit., n. 91; Trib. Firenze, 31 gennaio 2007, *ivi*, Rep. 2007, voce cit., n. 67; Trib. Roma, 8 marzo 2006, *ivi*, Rep. 2006, voce cit., n. 121; Trib. Firenze, 23 novembre 2005, *ivi*, n. 123; Trib. Pescara, 21 ottobre 2005, *ivi*, 2006, I, 912; Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, *ivi*, Rep. 2005, voce cit., n. 31; Trib. Salerno, 3 giugno 2005, *ivi*, n. 33.

debita pretermissione, o svalutazione, di voci di passivo - non rilevata ab initio nella relazione del professionista. In tal caso, il ***difetto di veridicità dei dati non può essere sanato dal consenso dei creditori, che sarebbe inquinato da errore-vizio***⁸⁹. La pronuncia citata fa riferimento ad un “vizio genetico” proprio come le Sez. Unite, ma qui non riguardante la causa, ma bensì l’oggetto (artt. 1325, 1346 c.c.); in particolare – precisando che qui ci si riferisce alla fase di omologazione – si evince dal testo la volontà di conferire al giudice un potere più penetrante rispetto ad un mero esame della legalità ancorché sostanziale tale da poter indagare se vi sia un difetto di veridicità dei dati forniti, vizio che a parere della Corte non potrebbe essere sanato dal consenso dei creditori, perché si tratta di un vizio genetico e causante nullità; pertanto rilevabile d’ufficio ex 1418 c.c. In questo senso sembrerebbe aprirsi la strada dell’analisi anche nel merito utilizzando istituti di diritto civile e dei contratti in particolare; cosa che in parte fanno anche le Sezioni Unite nella pronuncia 1521/2013. Tuttavia le stesse sentenze della Suprema Corte dicono chiaramente che il concordato non è assimilabile in tutto e per tutto ad un contratto. In dottrina vi è chi, come F. Lamanna⁹⁰, condivide questa impostazione aggiungendo che «forse nemmeno si sbaglierebbe a parlare ancor più in generale di nullità (sia genetica che funzionale) della causa, giacché l’irrealizzabilità oggettiva (e già conosciuta *ex ante*) del programma negoziale senza dubbio priverebbe il contratto della causa» e che come nel contratto «non basterebbe il consenso espresso dai contraenti, che pur fossero consapevoli dell’inattuabilità oggettiva del programma negoziale e condividessero tale previsione, per conservare validità al contratto, mancando in tal caso comunque una sua valida causa economico-giuridica», a maggior ragione «nel concordato preventivo che comunque non è un contratto» non ha alcun senso asserire che l’approvazione della proposta in se-

⁸⁹ Grassetto e corsivo aggiunti.

⁹⁰ Che tuttavia sarà uno dei più agguerriti critici della sentenza 1521/2013 delle SS.UU.

de di votazione dei creditori sia idonea a precludere qualunque indagine sulla fattibilità, perfezionando il concordato stesso ⁹¹. Infatti spiega l'illustre Autore, la differenza principale tra contratto e concordato preventivo sta nel fatto che in quest'ultimo «la legge non richiede un consenso unanime per l'approvazione della proposta», ma si applica un meccanismo a maggioranza dei votanti; se nemmeno in un contratto tra privati in cui vi è un consenso unanime si potrebbe rendere valido un contratto nullo per impossibilità dell'oggetto o perché privo di causa, a maggior ragione non è ipotizzabile che tale effetto si produca come conseguenza di una votazione espressa a semplice maggioranza. Quindi concludendo «l'insanabilità di un contratto nullo per impossibilità dell'oggetto o perché privo di causa per la sua oggettiva irrealizzabilità riguarda dunque sia il contratto, che il concordato, ma la differenza è proprio laddove solo per quest'ultimo la legge esige quel controllo preventivo di un'autorità terza sulla fattibilità che non esige invece per il primo. E non perché, evidentemente, nel contratto il consenso dei contraenti possa sanare un difetto radicale della causa, ma solo perché esigere il medesimo procedimento di garanzia per ogni patto tra privati intralcerebbe i traffici negoziali fino a paralizzarli del tutto». Lamanna però non spiega se questo controllo è riservato all'attestatore prima ed al commissario giudiziale poi, come vorrebbero i sostenitori della tesi della legittimità formale e sostanziale, ovvero se anche il tribunale possa entrare nel merito della fattibilità. La stessa sentenza Cass. n. 18864/2011 (est. Bernabai) che abbiamo citato non è chiara sul punto, sembrando invero in alcune sue parti esprimersi anche a favore della tesi di legalità sostanziale.

Secondo altra dottrina ⁹² che sostiene apertamente la tesi di merito il tribunale può svolgere un controllo “di primo grado” ⁹³, cioè direttamente

⁹¹ Cfr. F. LAMANNA, *Il controllo giudiziale cit.*, ivi a p. 25-26; *Contra* M. FABIANI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 9-10.

⁹² Cfr. P. VELLA, *L'accrescimento dei controlli giudiziali cit.*; G. BERSANI, *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2012, p.139 ss.; R. AMATORE, *Il giudizio di fattibilità del piano nel con-*

sulla fattibilità, senza dover per forza attenersi alla relazione del professionista. Infatti questa è considerata quale mero ausilio tecnico e lo stesso attestatore è parificato ad un c.t.u. il cui parere può essere anche disatteso dal giudice quale *peritus peritorum*. In particolare P. Vella, in una posizione decisamente garantista di “eterotutela”, ritiene che la riforma 2012 abbia aperto la strada al controllo anche nel merito da parte del tribunale e, riferendosi al controllo che il giudice poteva svolgere prima della riforma del 2005, dice «a ben vedere anche ora al tribunale viene rimessa una valutazione del tutto simile, anzi estesa ad ogni aspetto realizzativo della proposta concordataria, con la fondamentale differenza che essa viene veicolata dall’attestazione esterna di professionista designato dal debitore, sulla quale il potere giudiziale di controllo resta incardinato». L’Autrice afferma che «si è fatto talvolta trasmodare un giudizio tipicamente di fattibilità – quale quello relativo alla percentuale di pagamento concordataria – in un giudizio di legittimità, sul presupposto che il pagamento in misura non irrisoria dei crediti chirografari rappresenti un requisito legale del concordato»⁹⁴. Inoltre paragona il professionista attestatore ad un c.t.u. comparando le regole concordatarie della l. fall. a quelle processualcivilistiche; nel senso che secondo il codice di procedura civile, quando il tribunale si avvale di un consulente tecnico d’ufficio per assumere decisioni che implicino valutazioni extragiuridiche, può in qualità di *peritus peritorum* non concordare con il suo giudizio e arrivare fi-

cordato preventivo, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 109; G. RACUGNO, *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 893; S. BONFATTI, P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 2009, p. 504; N. NISIVOCIA, *Le procedure diverse dal fallimento nel decreto correttivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 120; L. PICCININI, *I poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il «decreto correttivo»*, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 551; S. SCARAFONI, *Il giudizio d’ammissione al concordato preventivo: riflessioni sul decreto legislativo correttivo della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, I, p. 915; L. ABETE, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, in *Il Fallimento*, 2008, p. 255; G. RAGO, *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, *ivi* a p. 264.

⁹³ Per usare le parole di F. LAMANNA, *L’indeterminismo cit.*, *ivi* a p. 3.

⁹⁴ Cfr. Trib. Firenze 27 luglio 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Massima n. 695; *Contra* S. AMBROSINI, *op. ult. cit.*, *ivi* a p. 61.

nanche a sostituirlo ovvero semplicemente a disporre la rinnovazione delle indagini (ex art. 196 c.p.c.); invece (specularmente) nel concordato preventivo, da una parte vi è la “facoltà” per il tribunale di concedere al debitore e – quindi al professionista che ne rappresenta una *longa manus* – un termine per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti, dall’altra, non essendo qui praticabile il potere di sostituzione visto che non vi è una designazione giudiziale, il tribunale ben potrebbe – dinnanzi ad una relazione che non lo convince e ad una mancata o inutile integrazione – arrestare la procedura per non conformità della domanda ai presupposti di legge ⁹⁵. Quindi per l’Autrice la riforma del “Decreto Sviluppo” avrebbe incrementato i poteri del tribunale fino ad un giudizio nel merito della fattibilità. Il legislatore sembra però attribuire più responsabilità al professionista proprio per evitare una forte ingerenza dell’organo giudiziario, che tra l’altro non solo non avrebbe le competenze tecniche (per cui si potrebbe auspicare la nomina di un c.t.u. secondo la legislazione del c.p.c.), ma soprattutto non avrebbe il tempo di esaminare accuratamente il merito di ogni caso che gli si presenta dinnanzi, visto anche il notevole (e voluto si immagina) incremento delle domande di concordato preventivo negli ultimi mesi. Benché sia quindi palese un maggior bisogno di tutela dei creditori nel caso in cui il debitore opti per la strada del 161 comma 6 l. fall. e magari chieda l’autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili in corso di procedura, o ha sciogliere i contratti pendenti, o addirittura a pagare i crediti anteriori ai fornitori essenziali, si può in ogni caso ritenere che il legislatore nell’intervenire così vivacemente (e più volte) sulla figura dei professionisti attestatori abbia dimostrato di fare particolarmente affidamento su questi soggetti dotati di particolari competenze tecniche. Del resto anche gran parte della dottrina e giurisprudenza hanno riconosciuto che il ruolo del professionista è principalmente attribuire ai creditori quel grado di informazio-

⁹⁵ Cfr. P. VELLA, *op. ult. cit.*, ivi a p. 9.

ne necessaria per votare consapevolmente, quasi a prendere atto che l'ago della bilancia si sta spostando sempre più verso una privatizzazione dell'istituto concordatario. Chi scrive predilige tuttavia quella dottrina che, pur ammettendo che il tribunale non dovrebbe ingerirsi nel merito, esclude che il giudice svolga un mero controllo formale, essendoci ancora bisogno di quel grado in più di “eterotutela” che, vagliando attentamente la coerenza, la logicità e la comprensibilità della relazione attestatrice, conferisce al ceto creditorio una sicurezza ulteriore.

7. La soluzione “interlocutoria” della Suprema Corte a Sezioni Unite⁹⁶

Se il quadro dottrinale era, come abbiamo visto pocanzi, abbastanza definito nel senso della prevalenza della tesi intermedia della “legalità sostanziale”, semmai con qualche incertezza data soprattutto da parte della giurisprudenza di merito e da una pronuncia della Suprema Corte ⁹⁷ che sembravano aprire ad un controllo anche diretto sulla fattibilità, la risposta delle Sezioni Unite non ha certo reso più palese la soluzione. Anzi, vedremo che sembrerà più andare verso una curiosa tesi di controllo anche “di merito” nonostante sia la stessa sentenza – enunciando il principio di diritto – ad esplicitare che al giudice spetta un controllo di legittimità.

⁹⁶ La sentenza cui d'ora in poi si farà riferimento è la Cass. SS. UU. 23 gennaio 2013, n. 1521. L'ordinanza di rimessione è avvenuta con la Cass., 15 dicembre 2011, n. 27063, la quale riportava un contrasto tra due pronunce della Suprema Corte: la Cass., 15 settembre 2011 n. 18864 (est. Bernabai), che sembrava aprire alla tesi del controllo di merito e la Cass., 16 settembre 2011, n. 18987 (est. Cultrera), la Cass., 23 giugno 2011, n. 13818 (est. Zanichelli), Cass., 14 febbraio 2011, n. 3586 (est. Didone), Cass., 25 ottobre 2012, n. 21860 (est. Fioretti).

⁹⁷ Cfr. Cass. n. 18864/2011 (est. Bernabai).

7.1 Fattibilità giuridica e fattibilità economica

Le Sezioni Unite danno una definizione alquanto “discutibile”⁹⁸ di fattibilità, affermando che è «la prognosi circa la possibilità di realizzazione *della proposta* nei termini prospettati» e introducendo una nuova distinzione tra fattibilità giuridica ed economica. Riferendo quindi la fattibilità indifferentemente alla proposta e al piano⁹⁹ la Suprema Corte, nella sua espressione più “alta”, si scontra sia con il dettato normativo, sia con Alcuni autorevoli esponenti di dottrina e giurisprudenza. Infatti da una parte è lo stesso art. 161 l. fall. che riferisce la fattibilità al piano e non alla proposta, dall'altra in dottrina vi è chi sottolinea che «la relazione attestativa del professionista ha per oggetto la valutazione di fattibilità del *piano* e non della proposta»¹⁰⁰. A ben vedere nonostante i tentativi da parte di chi scrive di trovare un'interpretazione conciliante, anche la biforcazione del concetto di per sé unitario di fattibilità pone qualche problema.

La Corte attribuisce la cd. fattibilità giuridica al tribunale e la cd. fattibilità economica al professionista attestatore. Tuttavia è stato autorevolmente contestato¹⁰¹ che questa distinzione potrebbe risultare fuorviante. Infatti se è sacrosanto che la valutazione prettamente economica del piano sia svolta dal professionista, visti i suoi requisiti e la sua necessaria competenza, appare invero difficile escluderlo da ogni valutazione di tipo giuridico, anche perché questi è chiamato per legge ex art. 161 comma 3 a valutare la fattibilità *tout court*. Certo la Corte potrebbe voler compiere questo distinguo per poi arrivare a dire che la valutazione sul dato economico della do-

⁹⁸ Discussibile non in un'accezione prettamente negativa, quanto nel senso che ha creato non pochi dibattiti sul significato e sull'opportunità di questa distinzione.

⁹⁹ Infatti a volte parla anche «di probabilità di successo economico del piano».

¹⁰⁰ F. LAMANNA, *L'indeterminismo creativo cit.*, ivi a p. 12-13; M. FABIANI, *La questione “fattibilità” cit.*, ivi a p. 2; sempre M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Il Fallimento*, 2011, p. 172; S. PACCHI, *La valutazione del piano del concordato preventivo: i poteri del tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, in *Dir. Fall.*, 2011, I, p. 97.

¹⁰¹ F. LAMANNA, *op. ult. cit.*, ivi a p. 13-15.

manda (cioè del piano) non è sindacabile dal giudice invece quella (che comunque il professionista compie) sul dato giuridico è controvertibile dal tribunale. In altri termini la biforcazione del concetto di fattibilità economica e quella giuridica – affidando poi la prima al professionista e la seconda al giudice – non avrebbe l'intento di escludere il professionista dalla valutazione di qualsiasi dato giuridico, spettandogli comunque la valutazione sulla fattibilità *tout court*, ma semmai di specificare che, rispetto a siffatta valutazione giuridica anche il tribunale può ingerirsi e può ben farlo anche d'ufficio, invece, riguardo la valutazione che compie il professionista sulla fattibilità economica (come sostenibilità economica del piano), il tribunale non potrebbe. Il fatto è che però la Corte non dice questo, anzi, in un passo della sentenza afferma che il professionista ha «funzioni assimilabili a quelle di un ausiliario del giudice» sostenendo anche che è escluso che «i destinatari naturali della funzione attestatrice siano soltanto i creditori» e che «il controllo del giudice non è di secondo grado, destinato cioè a realizzarsi soltanto sulla completezza e congruità logica dell'attestato dal professionista», ma è un controllo «di primo grado» ben potendo il giudice discostarsi dalla relazione «così come potrebbe fare a fronte di non condivise valutazioni di un suo ausiliario»¹⁰², lasciando quasi intendere che il giudice in qualità di *peritus peritorum* potrà ben andare oltre una valutazione prettamente giuridica; tanto che, come vedremo a breve, la Suprema Corte sosterrà che al tribunale non spetta solo il controllo sulla fattibilità giuridica, ma anche sull'idoneità del piano a realizzare la causa concreta così come delineata nella proposta.

Dunque, ad avviso di chi scrive, delle due l'una. O la Corte ha sbagliato a dire che il giudice può discostarsi dalle valutazioni del professionista, considerandolo alla stregua di un ausiliario ed entrando nel merito della

¹⁰² Sembra dare ragione a P. VELLA, *op. ult. cit.*, ivi a p. 9; *Contra* M. FABIANI, *La questione "fattibilità" cit.*, ivi a p.3; riportano questa contraddizione delle Sez. Unite, anche F. DE SANTIS, *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite*, in *Il Fallimento*, 2013, 3, p. 279 ss., ivi a p.285; F. LAMANNA, *op. ult. cit.*, ivi a p. 6.

fattibilità – anche quella economica dunque – contraddicendosi con quanto concluderà oltre affermando che «resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano e i rischi inerenti», cioè quella che la Corte stessa chiama “fattibilità economica”. O la distinzione che ha introdotto tra fattibilità giuridica, riservata (solo?) a giudice e quella economica riservata (solo?) al professionista è veramente poco felice, andando a complicare un concetto che di per se sarebbe unitario ex art. 161 comma 3 l. fall. ¹⁰³.

Invero le Sez. Un. potrebbero anche aver voluto semplicemente esplicitare nel concetto di “fattibilità giuridica” che al giudice compete la valutazione rispetto alla conformità alle norme della domanda del debitore, comprensiva di piano e proposta. Quindi che prima ancora di valutare la fattibilità cd. economica – che attiene al piano e spetta al professionista e su cui il giudice poco potrà ingerire (solo facendo un controllo di coerenza e logicità della stessa) – il tribunale dovrebbe valutare quella giuridica, consistente nella verifica dei requisiti di possibilità, liceità, determinatezza che attengono alla proposta. Ma concordo con F. Lamanna che «tale conformità deve necessariamente sussistere, ma si tratta di [un] requisito (ovviamente di ammissibilità) da valutare *a priori*, che andrebbe quindi distinto dalla fattibilità, la quale, ^[104], si sostanzia (solo) nella **sostenibilità economica del piano**, ovvero, in ultima analisi, nella idoneità delle risorse delle garanzie e dei mezzi variamente indicati dal proponente a soddisfare i crediti secondo le modalità, le condizioni e i termini quantitativi e temporali indicati nella proposta» ¹⁰⁵.

Nell’enunciare il principio di diritto, le SS. UU. sembrano prediligere la soluzione del controllo di legittimità sostanziale, ovvero di “secondo gra-

¹⁰³ Così F. LAMANNA *op. ult. cit.*

¹⁰⁴ Sia nell’accezione che apparentemente ne dà con la suddetta definizione la stessa Corte, sia in quella finora pressoché concordemente datane da interpreti ed operatori.

¹⁰⁵ Cfr. F. LAMANNA, *op. ult. cit.*, ivi a p. 13-14.

do”, sostenendo che «il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando escluso dalla attestazione del professionista, mentre è riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha per oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti». Tuttavia la Corte nella stessa pronuncia parla proprio di controllo «di primo grado». Contrariamente a quanto sostenuto finora in dottrina e giurisprudenza, la Cassazione sembra prospettare che il controllo è di primo grado e diretto sulla fattibilità “giuridica”, mentre non spetta al tribunale sulla fattibilità “economica”, ma ribadiamo che la fattibilità è proprio la “sostenibilità economica del piano” quindi qualcosa non torna. La sentenza in analisi pecca pertanto di chiarezza. Soprattutto nel momento in cui sembra “aprire al merito” della fattibilità facendo riferimento al concetto di *causa in concreto*.

7.2 La valutazione della causa *in concreto*

A complicare ulteriormente le cose vi è poi un riferimento alla “causa concreta” che induce a pensare ad un’apertura della Suprema Corte all’indagine nel merito della fattibilità. In particolare le SS. UU., dopo aver specificato che la proposta di concordato deve necessariamente avere ad oggetto la regolazione della crisi – la quale a sua volta può assumere concretezza soltanto attraverso le indicazioni delle modalità di soddisfacimento dei crediti – «rispetto alla quale la relativa valutazione è rimessa al giudizio dei creditori in quanto interessati»; la detta valutazione «presuppone che i creditori ricevano una puntuale informazione circa i dati, le verifiche interne e le connesse valutazioni»; e questa puntuale informazione è garantita dapprima dal professionista attestatore e poi dal commissario giudiziale; che il legislatore ha valorizzato l’intento negoziale, non cancellando però «tutti gli aspetti pubblicistici che caratterizzavano la procedura prima della riforma»; che il

legislatore riconosce che vi sono «forti limitazioni e compressioni che il creditore finisce per subire per effetto del procedimento di concordato, venendo vanificato il suo diritto di azione pur costituzionalmente garantito e assistendo alla formalizzazione di una limitazione del suo credito, per effetto di maggioranze ipoteticamente non condivise formatesi sul punto»; e che, continua la Corte, «una limitazione così significativa [...], può trovare concreta giustificazione» soltanto ove ricorrano le due seguenti condizioni: a) che i creditori possano votare consapevolmente, perché informati di tutti i dati a tal fine necessari; b) che vi sia «il raggiungimento della duplice finalità perseguita con l'instaurazione della detta procedura, consistente nel superamento della situazione di crisi dell'imprenditore [...], e nel riconoscimento in favore dei creditori di una sia pure minimale consistenza del credito da essi vantato in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti»; dopo aver aggiunto inoltre che il compito di tutela della legalità del procedimento è demandato al giudice, per il ruolo istituzionalmente svolto, oltre che per i diversi richiami normativi in tal senso (artt. 162 comma 2, 173, 180 comma 3 l. fall.); **conclude sul punto** che *«il margine di sindacato del giudice sulla fattibilità del piano va stabilito, in via generale, in ragione del contenuto della proposta e quindi della identificazione della causa concreta del procedimento nel senso sopra richiamato»*. Peraltro aggiunge che *«non è possibile stabilire con una previsione generale ed astratta i margini di intervento del giudice in ordine alla fattibilità del concordato, dovendosi a tal fine tener conto delle modalità proposte dal debitore per la composizione della propria esposizione debitoria»*¹⁰⁶. Questi passi della Corte richiamano alla mente di chi legge una certa dottrina e giurisprudenza che (come visto *supra*) evocava concetti prettamente contrattuali, quali la nozione di causa concreta appunto, in riferimen-

¹⁰⁶ Grassetto e corsivi aggiunti.

to al concordato ¹⁰⁷; bisogna ora tentare di comprendere la portata di tale richiamo.

Innanzitutto si distingue una causa per così dire generale e astratta dei concordati tutti da quella concreta. La prima è il superamento della situazione di crisi dell'imprenditore da un lato e l'assicurazione di un soddisfacimento sia pur ipoteticamente modesto e parziale dei creditori da un altro. La *causa concreta* invece non ha un contenuto fisso e predeterminato, ma va individuata di volta in volta dalla proposta così come delineata dal debitore ¹⁰⁸. Vi è allora chi tra i commentatori della sentenza sostiene che il metro del riscontro sarà ora, oltre alla valutazione della fattibilità giuridica, anche la «delibazione della causa *in concreto* del contratto di concordato» ¹⁰⁹. Quindi pur precisando a chiare lettere nella stessa sentenza che il concordato ha «natura mista» e non è semplicemente identificabile con la nozione di contratto, sembra proprio che la Corte utilizzi questi riferimenti alla causa in concreto come *escamotage* per arrogarsi un giudizio molto più penetrante di quello che espressamente si riserva quale giudice della legittimità; tanto che vi è chi in tema di causa del contratto sostiene che la giurisprudenza tende a fare uso di questo concetto di causa concreta, ancora abbastanza nebuloso, quando ha in mente una soluzione che il buon senso suggerisce, ma che non riuscirebbe a raggiungere utilizzando gli strumenti messi a disposizione dal diritto positivo ¹¹⁰. Tuttavia vi è anche un'autorevole dottrina che si dimostra favorevole al concetto di causa concreta, rilevando il rischio

¹⁰⁷ Così F. DE SANTIS, *op. cit.*, ivi a p. 281 ss; I. PAGNI, *Il controllo di fattibilità* cit., ivi a p. 286 ss; F. LAMANNA, *op. ult. cit.*, ivi a p. 16-18; M. VITIELLO, *Il problema dei limiti del controllo del tribunale sulla fattibilità del piano come risolto dalle Sezioni Unite*, in *il Fallimentarista*, 30.01.2013; a fare un richiamo di tale tipo prima della sentenza F. LAMANNA, *Il controllo giudiziale* cit., ivi a p. 25- 26; A.M. AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Il Fallimento*, 2077, p. 1267 ss.; in giurisprudenza Cass., 15 settembre 2011, n. 18864 (est. Bernabai).

¹⁰⁸ Così si legge anche nell'enunciazione del principio di diritto della sentenza delle SS. UU. in parola.

¹⁰⁹ F. DE SANTIS, *op. cit.*, ivi a p. 282.

¹¹⁰ In questo senso cfr. M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, Cedam, 2012, p. 138-140.

insito nella definizione di causa come funzione economico-sociale proposta da Emilio Betti. In particolare concepire la causa in modo così astratto e tipizzato porta ad “appiattare la causa sul tipo”, di modo che «il legislatore che prevede e regola un tipo contrattuale per ciò stesso approva la causa di tutti i contratti che vi appartengono» ¹¹¹ con l'improbabile conseguenza che i contratti legalmente tipici avranno sempre, per definizione, causa lecita e che la possibile illiceità della causa riguarderà solo i contratti innominati. L'Autore sottolinea anche che lasciare fuori dall'orizzonte della causa tutto ciò che eccede le linee standard del tipo «significa impoverire e irrigidire la considerazione del contratto, sterilizzare elementi che invece meritano rilevanza» ¹¹².

E quindi si arriva a definire la *causa concreta* come «ragione che concretamente giustifica il particolare contratto in esame alla luce delle specificità rilevanti che lo connotano», precisando però che la concretezza non si identifica con la soggettività non rilevando le motivazioni strettamente individuali di una parte, le sue personali rappresentazioni psichiche, i suoi interessi particolari «coltivati in foro interno». Pertanto una cosa è la causa concreta, come scopo comune alle parti del negozio, altra cosa è il motivo, come scopo individuale di una di esse. La causa comprende quegli interessi della parte che il contratto deve assicurarle, perché formano la ragione giustificativa del negozio stesso, e la dissoluzione di tale interesse porta a caducare la causa, invece i motivi se nessuna clausola contrattuale li contempla non incidono sulle sorti del contratto ¹¹³.

Attraverso l'applicazione della nozione di *causa concreta* si può arrivare a giudicare muniti di causa illecita anche negozi tipici, cosa che non si potrebbe fare considerando solamente la causa astratta; ossia qualora emerga

¹¹¹ Così V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011, p. 343-344.

¹¹² Sempre V. ROPPO.

¹¹³ Ancora V. ROPPO, *op. cit.*, ivi a p. 357-360.

che le parti abbiano utilizzato un determinato modello negoziale per realizzare uno scopo che sia in contrasto con norme imperative, il giudice non può accordare al negozio in questione la tutela apprestata dall'ordinamento¹¹⁴. Il giudice deve caso per caso verificare la conformità della causa in concreto, quale elemento essenziale del negozio, ai parametri normativi di cui agli artt. 1343 c.c. e 1322, comma 2 c.c.

Per concludere, tornando a chiederci quale possa essere la portata del richiamo alla causa concreta nel concordato fatto dalla Suprema Corte, potremmo rispondere che il sindacato del giudice sia stato esteso dalla sentenza suddetta oltre la semplice fattibilità giuridica di cui la stessa pronuncia fa menzione; pertanto attraverso il richiamo alla valutazione della causa in concreto i giudici delle SS.UU. hanno lasciata aperta una “finestra” sul merito. Infatti il tribunale è chiamato a valutare l'idoneità della proposta concordataria non solo al soddisfacimento (sia pure parziale) dei creditori, ma perfino al superamento della situazione di crisi e, «poiché dalla crisi si può uscire con la liquidazione dell'attivo ovvero con la prosecuzione dell'attività d'impresa», dovrà essere, da un lato, il debitore ad indicare la modalità all'uopo prescelta, e, dall'altro, il tribunale a valutare l'attitudine della proposta a realizzarla¹¹⁵. Cosicché tutte le volte che il tribunale rileverà una divaricazione tra strumento e obbiettivo, ossia qualora riscontrerà che la proposta indica un qualcosa che il piano non è in grado di realizzare, ben potrà dichiarare inammissibile la domanda di concordato preventivo ex art. 162 o 173 l. fall.

¹¹⁴ Cfr. Cass., 14 settembre 2012, n. 15449.

¹¹⁵ F. DE SANTIS, *op. cit.*, ivi a p. 283.

7.3 Il perimetro di sindacabilità del tribunale nelle fasi successive all'ammissione

La pronuncia diviene ancora più complessa se aggiungiamo un ulteriore tassello, che riguarda la questione se il giudice debba o meno utilizzare lo stesso parametro valutativo nelle fasi successive all'ammissione (ex 162-163 l. fall.): ossia la revoca (ex 173 l. fall.) e l'omologazione (ex 180 l. fall.). La Suprema Corte risolve a chiare lettere il problema affermando che il parametro di giudizio è sempre lo stesso nelle tre fasi: l'attitudine a realizzare la causa concreta del concordato; motiva questa decisione richiamandosi brevemente ad un confronto tra le norme citate (ossia 162-163, 173, 180 l. fall.). In particolare in riferimento alla fase di omologazione la Corte dice che la verifica in ordine alla regolarità della procedura di cui al 180 comma 3 consiste nella «verifica del fatto che anche nel prosieguo della procedura non siano venuti meno quei presupposti la cui mancanza iniziale non avrebbe consentito l'accesso alla procedura». Poco oltre però, riferendosi all'integrazione dei mezzi istruttori possibile in fase di omologa, dice che bisogna «comunque escludere che tale facoltà possa essere interpretata come espressione di un potere di sindacato da parte del giudice in relazione al contenuto della proposta formulata dall'imprenditore ai creditori». Invero questo è coerente con quanto aveva detto prima, in fase di ammissione, riguardo alla facoltà che ha il tribunale di richiedere integrazioni al debitore, dove sosteneva che «la detta facoltà non contrasta con il dovere di controllo della legalità attribuito al giudice e non implica in alcun modo che da ciò debba necessariamente discendere il riconoscimento di un potere di controllo di merito». Insomma come visto già in diversi altri passi, la sentenza oscilla tra un controllo di legalità (indiretto sulla fattibilità) e uno di merito (diretto sulla fattibilità), poi confonde le carte con la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica, sostenendo che solo il controllo della prima spetta al tribunale, per poi affermare che, accanto alla fattibilità giuridica, biso-

gna sempre che il giudice verifichi l'idoneità del piano a realizzare la causa concreta così come individuata nella proposta del debitore, lasciando aperta la strada ad un controllo anche nel merito.

7.4 Confronti tra la pronuncia delle Sezioni Unite e le modifiche apportate dalla riforma 2012

Le Sezioni Unite si esprimono anche in tema di modifiche apportate dalla recentissima riforma del “Decreto Sviluppo”. Il novellato 179 l. fall., che riportiamo in nota ¹¹⁶, consente ora anche ai creditori assenzienti di costituirsi nel giudizio di omologazione per modificare il voto nel caso in cui siano mutate le condizioni di fattibilità del piano; di tale mutamento li renderà edotti il commissario giudiziale. Tuttavia a ben vedere il 179 l. fall. è ancora più interessante per quello che lascia intendere: cioè che il commissario giudiziale, resosi conto del mutamento delle condizioni di fattibilità del piano, ne dà avviso ai creditori e non anche al tribunale. Questo potrebbe significare, che sia intento del legislatore lasciar fuori il più possibile il giudice da questioni attinenti al merito, questioni che andrebbero risolte tra le parti private debitore-creditori, spostando su questi ultimi la possibilità di opporsi o meno nel senso che se decidono di non opporsi ben poco potrà fare il tribunale ¹¹⁷. Vi è però anche chi non esclude che, nonostante non sia nominato nell'art. 179 l. fall., anche il tribunale debba essere informato del mutamento delle condizioni di fattibilità ¹¹⁸. In ogni caso la Corte nella pro-

¹¹⁶ «Quando il commissario rileva, dopo l'approvazione del concordato, che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, ne dà avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all'udienza di cui all'art. 180 per modificare il voto».

¹¹⁷ Cfr. anche M. FABIANI, *La questione “fattibilità” cit.*, ivi a p. 13; S. AMBROSINI, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma 2012*, in *www.ilcaso.it*.

¹¹⁸ Così F. DE SANTIS, *op. cit.*, ivi a p. 286; I. PAGNI, *op. cit.*, ivi a p. 290; P. VELLA, *L'accrescimento dei controlli cit.*, ivi a p. 10-11, secondo quest'ultima nel caso in cui la modifica delle condizioni di fattibilità del piano non incida anche sul merito della proposta si applica il 179 comma 2 l. fall., nel caso in cui venga inficiata anche la proposta, creandosi un

nuncia che stiamo analizzando, esclude «incontestabilmente che il tribunale debba avere notizia dell'eventuale mutamento registrato in ordine alle condizioni di fattibilità», il che lascia implicitamente intendere che non dovesse occuparsene nemmeno nella fase precedente ¹¹⁹.

La modifica del 180 ult. comma l. fall. ha stabilito che, anche nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, i creditori che rappresentano il venti per cento dei crediti ammessi al voto possono contestare la convenienza della proposta; in questo caso il tribunale dovrà verificarne la convenienza prima di omologare il concordato. Si instaura così un giudizio di *cram down*. Cioè prima di omologare il tribunale valuta se il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore alle alternative in concreto praticabili e, solo in caso di risposta positiva, lo omologa. Ebbene anche in tale occasione in cui se la Suprema Corte voleva sostenere un'apertura al controllo di merito poteva dirlo chiaramente, ha invece optato per la soluzione opposta, affermando che tale modifica «non sembra possa trovare ragionevole fondamento nell'intento di ampliare i margini di intervento del giudice, ma appare piuttosto un bilanciamento in favore del ceto creditore, determinato dalla modifica apportata alla l. fall., art. 178 comma 4». Invero chi scrive è pienamente concorde con la soluzione prospettata sul punto. Infatti il novellato 178 comma 4 ribalta la prospettiva precedente alla riforma, trasformando il voto per adesione in un meccanismo opposto di silenzio-assenso ¹²⁰.

Ulteriore rilievo che bisogna considerare riguarda le notevoli modifiche apportate al 161 l. fall. nel senso di una maggiore flessibilità della proposta e anche e soprattutto della possibilità, concessa dal comma 6 dell'articolo in parola, di depositare una domanda di pre-concordato e riser-

radicale e definitivo venir meno della fattibilità del piano allora si applica il 173 l. fall. e il commissario giudiziale deve darne notizia al Tribunale, il quale può eventualmente revocare il concordato.

¹¹⁹ Così anche F. DE SANTIS, *op. cit.* ivi a p. 285.

¹²⁰ Così anche P. VELLA, *op. ult. cit.*, ivi a p. 11.

varsi di presentare successivamente – entro 60-120 giorni, prorogabili una sola volta – il piano e la proposta. Ci si chiede ora, vista l'asserita necessità che il giudice svolga un'indagine sulla causa concreta, come possa metterla in pratica nel caso di domanda di concordato con riserva qualora vengano richieste dal debitore quelle autorizzazioni necessarie per fruire di alcuni importanti istituti ¹²¹. La Suprema Corte commenta tale modifica, insieme con quelle in tema di continuità aziendale e finanziamenti prededucibili, rilevando che «si tratta di interventi urgenti, finalizzati a dare corso alla possibilità di accesso alla procedura», che esigono però l'intervento di un organo terzo in funzione di garanzia dei creditori, ossia il tribunale. Secondo le SS.UU. il parametro della causa in concreto rimane fermo anche qui; certo non ci sono ancora il piano e la proposta, ma sarà il debitore che, pur in pendenza di suddetta riserva, dovrà portare all'attenzione del tribunale quelle linee guida e quella bozza di piano tale da permettergli di decidere sulle autorizzazioni richieste ¹²². Quindi anche di fronte a questi istituti, che sembrano pensati proprio in un'ottica di flessibilità procedurale in cui in tribunale dovrebbe interferire il meno possibile, la Suprema Corte richiede la valutazione della causa concreta. Tale posizione si spiega proprio con la necessità di bilanciare questi potenti, e forse anche rischiosi, strumenti a favore del debitore (ma soprattutto dell'impresa), con l'interesse di quegli esponenti più deboli del ceto creditorio a non vedersi bloccare le azioni esecutive e cautelari e a non subire eventuali accordi tra l'imprenditore e i fornitori essenziali, che potrebbero ottenere il pagamento in prededuzione dei crediti anteriori alla procedura; o tra lo stesso imprenditore e le banche, le quali saranno ben tutelate da prededuzioni e garanzie; ma anche dei contraenti

¹²¹ Quali: l'autorizzazione a contrarre nuova finanza, a sciogliere i contratti pendenti, a pagare i crediti anteriori ai fornitori essenziali, compiere gli atti di straordinaria amministrazione.

¹²² Così anche F. DE SANTIS, *op. cit.*, ivi a p. 285.

“non essenziali” a non vedersi “sciogliere” i contratti considerati troppo gravosi.

Tra l'altro lo stesso art. 186 bis, che esplicita la possibilità di un concordato in continuità aziendale, nel suo ultimo comma, richiama l'art. 173 l. fall. riguardante la revoca. Se nel corso di procedura viene meno la continuità aziendale ovvero essa risulta manifestamente dannosa per i creditori, il tribunale provvede ai sensi del 173 l. fall. Come abbiamo visto pocanzi la continuità aziendale dovrebbe rappresentare un valore oltretutto per l'impresa anche per i creditori e per tutti i soggetti che gravitano intorno ad essa. Ma qualora questa continuazione dell'attività venisse meno o si dimostrasse dannosa, perché in perdita, sarebbe assurdo che il tribunale facesse finta di nulla; a tal punto che vi è chi legge in questo richiamo la volontà del legislatore di attribuire al giudice un controllo anche sulla fattibilità del piano, sostenendo tra l'altro, che se gli spetta in sede di revoca, deve necessariamente spettargli anche in fase di ammissione ¹²³. Quindi ad avviso di chi scrive se è vero che l'organo giurisdizionale deve cercare di ingerire il meno possibile nella primissima, delicata fase, in cui bisogna lasciare ampio spazio alle trattative debitore-creditori, magari finalizzate a contrarre nuova finanza (vero motore della ripresa) lasciando all'imprenditore un po' di respiro, datogli dall'*automatic stay* che scatta dalla pubblicazione della domanda, anche in bianco è altrettanto vero che le novità legislative a cui assistiamo in questo periodo sono di portata notevole; certo riguardo la fattibilità del piano il maggior garante dovrebbe rimanere il professionista attestatore, a maggior ragione oggi, dato che è stato responsabilizzato ancor più e ne è stata sancita a chiare lettere l'indipendenza, ma la sua figura, per quanto capace, può non bastare. Nella fase c.d. interinale, dopo il deposito della sola domanda di pre-concordato, il controllo dell'autorità giudiziaria è particolarmente importante. L'autorizzazione a contrarre di finanziamenti (da ripagarsi in pre-

¹²³ Così F. LAMANNA, *Il controllo giudiziale cit.*, ivi a p. 53-54.

deduzione ai sensi del 182 quinquies) ovvero a sciogliersi dai contratti pendenti (di cui al 169 bis) o ancora a pagare i crediti anteriori (di cui al 182 quinquies, comma 4) sono, come vedremo *infra* ¹²⁴, provvedimenti non poco insidiosi per la *par condicio creditorum*. I creditori spesso non sono coinvolti in queste decisioni e, una volta accolte positivamente le istanze debitorie, sarà difficile tornare indietro.

8. Domanda di concordato preventivo pendente un procedimento prefallimentare. Ruolo del giudice

Le Sezioni Unite affrontano un altro nodo problematico, attinente al rapporto tra la domanda di concordato preventivo e l'istanza (o richiesta) di fallimento. La questione è già stata affrontata *supra*, in tema di domanda di pre-concordato per cui si rinvia a quella sede per una trattazione più approfondita ¹²⁵. Tuttavia la tematica è attigua a quella qui affrontata sul ruolo del giudice, infatti più si riconosce discrezionalità al tribunale nella valutazione caso per caso della convenienza della procedura concordataria piuttosto che non del prosieguo della procedura pre-fallimentare, più si conferisce allo stesso un potere enormemente incisivo; in altri termini è inutile stare lungamente a disquisire sui limiti del sindacato sulla fattibilità del piano se poi si attribuisce al tribunale il ben più incisivo potere di dichiarare il fallimento prescindendo del tutto dal fatto che sia stata proposta una domanda di concordato preventivo ¹²⁶. La pronuncia della Suprema Corte sembra proprio

¹²⁴ Cfr. *infra*, cap. IV, ultimi due paragrafi.

¹²⁵ Cfr. *supra*, Capitolo II, paragrafo 6.

¹²⁶ Cfr. F. LAMANNA, *L'indeterminismo cit.*, ivi a p. 27. Questo giudizio di convenienza sulla scelta delle due procedure concorsuali ha anch'esso origini statunitensi. Nel Chapter 11 è espressamente previsto nella sez. 1112(b), U.S. Code, quando una parte richiede la conversione della procedura di *reorganization* in *liquidation* (cfr. Capitolo I, paragrafo 1, p. 3) il giudice valuterà il miglior interesse per i creditori (*best interest of creditors test*). Questo giudizio sulla conversione può avvenire in ogni momento della procedura di Chapter 11 sempreché sia richiesto da una parte. Nell'analogo istituto nordamericano però non consta una vera e propria fase di ammissione al Chapter 11, anzi, la procedura di *reorganization*

procedere in tale senso specificando che il fatto che sia stata presentata domanda di concordato preventivo non rende improcedibile l'istanza di fallimento, né può determinarne la sospensione ex art. 295 c.p.c., perché non vi è tra queste un rapporto di pregiudizialità necessaria; infatti la situazione sostanziale dedotta nel processo pregiudicante deve rappresentare il fatto costitutivo di quella dedotta nella causa pregiudicata ¹²⁷ e tale ipotesi non ricorre nel caso in esame. La Corte nella sua espressione massima a Sezioni Unite ha quindi fatto propria una tesi già delineata dalla Cassazione stessa con diverse sentenze. Guarda caso la prima pronuncia della Cassazione a dire chiaramente che il debitore non ha un diritto a che il giudice decida preventivamente la domanda di concordato prima di pronunciarsi sull'istanza di fallimento ha come relatore C. Piccinini, lo stesso della sentenza che stiamo analizzando ¹²⁸. Ma la Corte attinge ancor più alla recente sentenza Cass. n. 18190/2012 (est. Cultrera) ¹²⁹, quando afferma che la facoltà per il debitore di proporre una procedura concorsuale alternativa al suo fallimento non rappresenta un fatto impeditivo alla relativa dichiarazio-

parte direttamente dall'istanza (*petition*) del debitore e arriva fino all'omologazione del piano (anche se dal 1994, per le piccole imprese è prevista la possibilità per il giudice di fissare un'udienza filtro, simile alla nostra fase di ammissione, in cui il giudice è dotato di poteri molto penetranti, come la suddetta possibilità di convertire la procedura giudicando il piano infattibile; si ricordi che nel Chapter 11 non vi è la figura del professionista attestatore; Cfr. capitolo I, paragrafo 4; capitolo I, paragrafo 11). Ma, ed è questa la vera differenza con l'ordinamento nostrano, l'istanza di Chapter 11 può essere fatta anche dai creditori e in questo caso sì che vi sarà un'udienza alla presenza del debitore a cui deve essere notificata l'istanza; anche qui non è un vero e proprio giudizio di ammissione, ma una semplice verifica dei requisiti per accedere alla procedura. Quindi nel diritto statunitense si ha una sorta di ambivalenza tra le procedure liquidatoria e riorganizzativa, dato che l'accesso è il medesimo per entrambe e anche i soggetti legittimati a chiederne l'avvio (e di conseguenza anche la conversione dall'una procedura all'altra) sono gli stessi. Invece nel concordato preventivo italiano è solo il debitore a richiederlo per cui il giudizio che il tribunale potrebbe fare su quale procedura far prevalere nell'esplicazione del potere di «coordinamento dell'iniziativa del debitore con gli interessi sottostanti la procedura fallimentare» (cfr. Cass., n. 18190/2012) si atteggia diversamente.

¹²⁷ Cfr. Cass., n. 14670/2003.

¹²⁸ Cfr. Cass. 4.9.2009, n. 19214, pres. Proto - rel. Piccinini, in *Il Fallimento*, 2010, p.427 ss. Per un'analisi più approfondita si rinvia a *supra*, capitolo II, paragrafo 6.

¹²⁹ Cfr. Cass., Sez I, 24 ottobre 2012, n. 18190 – Pres. Fioretti – est. Cultrera, in *Il Fallimento*, 2012, 12, p. 1408.

ne, ma una semplice esplicazione del diritto di difesa del debitore che non potrebbe comunque «disporre unilateralmente e potestativamente dei tempi del procedimento fallimentare», aggiungendo che «la consequenzialità logica non si traduce dunque anche in una consequenzialità procedimentale». Quindi la pronuncia della Suprema Corte rifugge il cd. criterio della prevenzione, il quale voleva prevalente la domanda di concordato sull'istanza fallimentare. Invero la sentenza in parola ¹³⁰ spiega che a portare al criterio della prevalenza era un inciso dell'art. 160 l. fall., il quale consentiva all'imprenditore in stato d'insolvenza di proporre ai creditori un concordato preventivo «fino a che il suo fallimento non è dichiarato». Ora da questo la maggior parte dei giudici desumevano l'improcedibilità delle istanze di fallimento fino alla decisione della domanda di concordato preventivo; ma si dà il caso che l'articolo sia stato riformato e che l'inciso che portava a questa soluzione è stato eliminato.

Tuttavia la Corte non tiene conto sul punto di una modifica di notevole importanza: l'introduzione del nuovo comma 10 dell'art. 161 l. fall. che fa riferimento al caso di domanda di pre-concordato presentata in pendenza di un procedimento prefallimentare. L'articolo dispone che nel caso di domanda di concordato con riserva ex art. 161 comma 6 l. fall., il termine per presentare piano, proposta, relazione e gli altri documenti di cui allo stesso 161 l. fall. deve essere necessariamente di 60 giorni se tale domanda è presentata in pendenza di un procedimento prefallimentare. Ora detto articolo sembra proprio voler sancire a chiare lettere la pregiudizialità del concordato rispetto al fallimento. Anzi sembrerebbe proprio "imporre" al tribunale l'assegnazione di un termine, seppur minimo, per presentare piano, proposta, documenti e relazione. Inoltre lo stesso comma 10 dell'art. 161 l. fall. contiene l'inciso che fa salvo l'art. 22 l. fall., che secondo Alcuni ¹³¹ va in-

¹³⁰ Che a sua volta attinge sempre alla Cass. n. 18190/2012.

¹³¹ Cfr. F. LAMANNA, *Pre-concordato e procedura fallimentare pendente: il termine minimo e l'oscuro riferimento al decreto di rigetto dell'istanza di fallimento*, in *il fallimentarista*, 29.10.2012; per

interpretato proprio nel senso che il giudice può derogare alla prevalenza del concordato solo se intende respingere l'istanza di fallimento ¹³².

Insomma la pronuncia delle Sezioni Unite “sembra” essere in distonia con la realtà normativa e l'interpretazione della miglior dottrina e giurisprudenza; “sembra” perché, come detto *supra* ¹³³, in realtà si deve interpretare questo punto nel senso che la Suprema Corte intende abbandonare definitivamente la possibilità di una pregiudizialità (in senso stretto) necessaria, e così impedire l'improcedibilità o la sospensione automatica per il solo fatto della presentazione della domanda. Tuttavia questo non vuol certo dire che non esista alcuna pregiudizialità logica tra concordato e procedimento prefallimentare. Il tribunale continuerà a valutare prima la domanda di concordato ma non è obbligato ad arrestare il procedimento prefallimentare, salvo il caso di domanda di preconcordato in cui ben poco potrà valutare in questa fase e quindi logicamente concederà quei 60 giorni per presentare piano e l'ulteriore documentazione prima di decidere.

La pronuncia analizzata, seppur non realmente chiarificatrice è comunque una sentenza delle SS. UU. e non può essere ignorata dagli operatori concorsuali. Essa sancisce l'incisivo potere per il giudice di decidere caso per caso se andare avanti col procedimento prefallimentare o se sospenderlo per lasciar prevalere lo strumento concordatario e finanche di pronunciare sentenza di fallimento senza dover dare conto del giudizio espresso sulla domanda di concordato; si appresta così ad essere utilizzata da molti giudici di merito tutte le volte in cui siano convinti della non fattibilità del concordato e non vogliano esprimersi nel senso dell'inammissibilità dello stesso per non rischiare che la loro pronuncia venga impugnata perché atti-

un'interpretazione diversa del richiamo all'art. 22 l. fall., ma sempre nell'ottica della prevalenza del concordato cfr. anche L. PANZANI, *Il concordato in bianco*, in *il fallimentarista*, 14.09.2012 e Trib. Terni, decreto 25.02.2013.

¹³² Cfr. A. GIOVETTI, *Il nuovo preconcordato: profili di inammissibilità ed abuso del diritto*, in *il Fallimentarista*, 20.02.2013.

¹³³ Cfr. *supra*, Capitolo II, paragrafo 6.

nente direttamente al merito della fattibilità, cosa che a rigore di quanto tuttora sostengono le SS.UU. non si potrebbe ¹³⁴.

¹³⁴ Così F. LAMANNA, *L'indeterminismo cit.*, ivi a p. 27.

CAPITOLO IV

LA “NUOVA FINANZA” E IL CONCORDATO CON CONTINUITA' AZIENDALE

1. Premessa al capitolo. – 2. Finanziamenti in esecuzione, in funzione e in corso di procedura. Pre-concordato con richiesta di finanziamenti e ruolo del giudice nella fase interinale. – 3. Significato di prededuzione e sua *ratio*. – 4. Modifiche all'art. 182 quater. Eliminazione delle limitazioni soggettive. – 5. Continua estensione dell'area del prededucibile. Incentivi alle imprese e rischi per il ceto creditorio. – 6. Nuova finanza del terzo e divieto di alterazione dell'ordine legale dei privilegi. – 7. Ambito di applicazione del 186 bis. – 8. Il *business plan* e la attestazione della sua fattibilità da parte del professionista. – 9. La disciplina dei rapporti giuridici pendenti e il nuovo 169 bis, l. fall. – 10. Nozione di contratti pendenti e sua disciplina *ante* riforma 2012. – 11. La disciplina *post* riforma del D.L. Sviluppo 2012. – 12. L'istanza di scioglimento o sospensione di cui al 169 bis e la domanda di pre-concordato. – 13. Prosecuzione dei rapporti pendenti e tutele per il contraente in bonis. – 14. L'indennizzo al contraente *in bonis* nel caso di sospensione o scioglimento, il comma 2 dell'art. 169 bis l. fall. – 15. Pagamento dei crediti anteriori alla procedura derivanti da prestazioni di beni e servizi (il nuovo 182 quinquies, comma 4, l. fall.). – 16. La *par condicio creditorum*. – 17. La *par condicio creditorum* nella Costituzione.

1. Premessa al capitolo

Il seguente capitolo è diviso per scelta di chi scrive in due parti. Nella prima sarà trattata l'autorizzazione a contrarre nuovi finanziamenti, sia in esecuzione e in funzione della procedura (ex art. 182 quater, l. fall.), sia in corso di procedura (i c.d. finanziamenti interinali ex art. 182 quinquies). Nella seconda verrà delineato l'ambito di applicazione del nuovo articolo 186 bis (riguardante la continuità aziendale), la disciplina del pagamento dei crediti anteriori e quella inerente i rapporti giuridici pendenti (con particolare riguardo al 169 bis, l. fall.). E' doveroso precisare che l'argomento della con-

tinuità aziendale non è esaurito dalla trattazione dei temi suddetti, tuttavia la moratoria di oltre un anno dopo l'omologazione, i rapporti con la pubblica amministrazione e invero anche l'art. 186 bis (non esclusivamente riguardante la continuità aziendale, ma pensato prevalentemente per la stessa), non saranno oggetto del presente lavoro per scelta dell'autore. Inoltre bisogna precisare che la trattazione della disciplina riservata ai rapporti pendenti e lo scioglimento (o sospensione) di cui all'art. 169 bis non sono unicamente applicabili in caso di continuità aziendale; chi scrive analizzerà queste tematiche a stretto contatto con la prosecuzione dell'attività d'impresa e con l'autorizzazione a contrarre "nuova finanza" e a pagare i crediti anteriori alla procedura per il fatto che sono istituti che, sollevando problematiche comuni, necessitano di una trattazione congiunta. La prospettiva del presente lavoro è quella di dare una visione d'insieme della nuova riforma e di tentare, anche tramite raffronti con l'analogo istituto statunitense del Chapter 11, di tirare le somme sull'efficienza di queste novità. Efficienza che deve essere vista con la prospettiva di un legislatore che cerca di continuo un bilanciamento tra l'interesse debitorio alla speditezza della procedura concordataria e quello della massa dei creditori ad una tutela delle loro ragioni creditorie, il tutto in un'ottica sempre più improntata sulla prosecuzione dell'attività d'impresa.

Prima parte. Autorizzazione a contrarre nuovi finanziamenti.

**2. Finanziamenti in esecuzione, in funzione e in corso di procedura.
Pre-concordato con richiesta di finanziamenti e ruolo del giudice nella fase interinale**

L'art. 48, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, come modificato dall'art.1, l. 30 luglio 2010, n. 122, ha introdotto l'articolo 182 quater l. fall., il quale disciplina al comma 1 la prededucibilità dei finanziamenti erogati *in esecuzione* di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 bis, al comma 2 la prededucibilità dei finanziamenti erogati *in funzione* della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione. Nel caso di finanziamenti in esecuzione la prededucibilità è automaticamente concessa in quanto già prevista da una proposta concordataria che, dopo essere stata ammessa, è approvata dai creditori e infine omologata dal tribunale. Diverso è il regime dei finanziamenti "in funzione", per i quali è necessaria la previsione nel piano concordatario, la menzione nella relazione attestatrice e l'esplicita indicazione della loro prededucibilità nel provvedimento di ammissione; il tribunale valuterà la congruità e la funzionalità dei finanziamenti alle prospettive del piano ¹. In riferimento questi ultimi devono ritenersi "in funzione" quelli già erogati prima della presentazione della domanda mentre quelli non ancora erogati, per quanto previsti in funzione della presentazione della domanda di concordato o di a.d.r., non rientrano tra i crediti prededucibili e si dovrà richiedere apposita autorizzazione ai sensi dell'art.167 l. fall. ². Pertanto chi è in procinto di erogare un finanzia-

¹ Cfr. P. VELLA, *ult. op. cit.*, ivi a p. 20.

² Cfr. Trib. Terni, 6 febbraio 2012, in *Il Fallimento*, 2012, 7, p. 823, con nota di A. Didone; Trib. Pistoia, 24 ottobre 2011, in *www.ilcaso.it*; In dottrina L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Il Fallimento*, 2010, p. 1350; L. BALESTRA, *op. cit.*, ivi a p. 1403; F. LAMANNA, *La legge fallimentare* cit., ivi a p. 26.

mento non potrà essere sicuro della prededuzione del suo credito che non essendo automatica, ma espressamente riconosciuta dal tribunale tramite il provvedimento di ammissione al concordato, potrebbe invero anche non essere concessa. Questo comporta un rischio insito nel fatto che le banche, o gli altri finanziatori, potrebbero essere indotti a “congelare” gli effetti dell'erogazione del finanziamento finché non avranno una sicurezza sulle sorti del loro credito, con grande nocumento per tutte quelle imprese che sull'utilizzo della nuova finanza “ponte” fanno particolare affidamento ³. Inoltre il 182 quater l. fall. non considera i finanziamenti erogati nel periodo intercorrente tra il deposito della domanda e il provvedimento di ammissione al concordato ⁴.

Ecco che il legislatore del 2012 ⁵ ha introdotto un ulteriore articolo, il 182 quinquies, che è volto a disciplinare proprio tali ipotesi di *finanziamenti c.d. “in corso”* di procedura. In questo caso si richiede che all'autorizzazione del tribunale si aggiunga il controllo di un professionista, dotato dei requisiti di indipendenza di cui all'art. 67, comma 3 lett. d), l. fall. il quale, verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa fino all'omologazione, attesti che tali finanziamenti sono funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori; nel senso che in assenza dell'erogazione di detti finanziamenti le prospettive di soddisfacimento risulterebbero inferiori ⁶. La norma merita un plauso perché va a colmare una lacuna della riforma precedente e – accanto alla soppressione dei limiti soggettivi per beneficiare della prededu-

³ Cfr. S. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle novità introdotte dalla legge 30 luglio 2010, N. 122 in materia di soluzioni negoziate delle crisi d'impresa*, in *Crisi di imprese: casi e materiali* a cura di F. Bonelli, Milano, 2010, Giuffrè, p. 171.

⁴ Cfr. Trib. Terni, 26 aprile 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 665; Trib. Pistoia 24 ottobre 2011, in *www.osservatorio-oci.org*, 2011, Ms. 561; Trib. Milano, 28 ottobre 2011, *ivi*, Ms. n. 566.

⁵ Con l'art.33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni il L. 7 agosto 2012.

⁶ Cfr. L. QUATTROCCHIO, R. RANALLI, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, in *il Fallimentarista*, 2013, p. 14; L. BALESTRA, *op. cit.*, p. 1403; S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *Dir. fall.*, 2012, p. 478; P. VELLA, *ult. op. cit.*, p. 21.

zione di cui al 182 quater – incentiva la possibilità di ottenere “nuova finanza”; infatti finanziatori una volta ottenuta l’autorizzazione del tribunale avranno la certezza di beneficiare della prededuzione. Bisogna però essere consapevoli del rischio che questo comporta riguardo la riduzione dell’aliquota patrimoniale destinata ai creditori chirografari; su tale rischio ritorneremo tra qualche paragrafo e per ora ci limiteremo a delineare quello che è il ruolo dell’organo giudiziario in questa fase c.d. “interinale” tra la presentazione della domanda e il provvedimento di ammissione alla procedura.

Il controllo del tribunale è in questo caso particolarmente delicato. Da un lato si auspica che non sia troppo “severo” ed invasivo, per la massima urgenza di ottenere nuova finanza e la *ratio* normativa di incentivarla, dall’altro però non per forza i giudici devono fidarsi ciecamente del professionista, che per quanto indipendente e responsabilizzato non è un loro consulente di fiducia, ma un soggetto nominato dal debitore. Quindi parte dei tribunali saranno portati a concedere con maggior facilità i finanziamenti in corso sulla scia di una maggior privatizzazione della procedura concorsuaria, dando un peso particolare alla relazione del professionista ma anche e soprattutto per il poco tempo a loro disposizione a causa delle moli di lavoro di cui sono investiti dopo la riforma e anche per la mancanza di un’espressa previsione della nomina di un loro c.t.u.; all’opposto altra parte della magistratura preferirà non lasciare così tanta libertà alle parti private e non si limiterà certo a confermare quanto rilevato dal professionista attestatore. A ben vedere è lo stesso 182 quinquies a conferire un potere più incisivo ai giudici nella parte in cui dice «assunte se del caso sommarie informazioni». A tale inciso potrebbe ben darsi la valenza di una possibile nomina di un ausiliario che supportando a livello tecnico il tribunale gli permetta di non accettare passivamente la relazione attestatrice del professionista. Questo vale ancor di più nel caso in cui i finanziamenti siano individuati «solo

per tipologia ed entità e non ancora oggetto di trattative», di cui al comma 2, e nel caso di presentazione della domanda di pre-concordato di cui al 161, comma 6 l. fall., con richiesta di finanziamenti ex 182 quinquies. Ricordando che ad oggi la procedura concordataria si apre effettivamente con la presentazione della domanda (per alcuni effetti) o con la pubblicazione della stessa (per altri) e che assistiamo quindi ad una generale anticipazione di molte misure a favore dell'impresa, si deve constatare che queste possibilità – di contrarre finanziamenti individuati solo per tipologia ed entità e di richiedere l'autorizzazione già con una domanda di pre-concordato – sono pienamente coerenti con siffatto sistema. Tuttavia anticipando la concessione di finanziamenti prededucibili ⁷ addirittura ad un momento in cui in tribunale non ha ancora la possibilità di prendere visione né del piano, né della proposta, né della relazione attestatrice complessiva sulla fattibilità ⁸, si rischia di fare, per così dire, degli errori di calcolo. Ci si è chiesti più volte in dottrina e giurisprudenza come l'attestatore prima e il tribunale poi possano decidere su tale "funzionalità" dei finanziamenti alla soddisfazione creditoria non avendo una visione più ampia del disegno del proponente ⁹; a tal punto che non solo non sanno che tipo di concordato sceglierà, ma nemmeno se deciderà di presentare domanda definitiva di concordato ovvero sfrutterà la passerella al 182 bis, per chiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione ¹⁰.

⁷ Vedremo a breve in che senso prededucibili; si anticipa che chi scrive aderisce alla tesi della prededucibilità anche endoconcordataria.

⁸ Infatti la relazione attestatrice riguardante la fattibilità ex 161 comma 3, l. fall., è diversa rispetto a quella ivi richiesta; possono sussistere entrambi, nel caso di richiesta di finanza in corso di procedura, con presentazione di un concordato definitivo, ma può ben essere che il finanziamento sia richiesto con un pre-concordato, quindi basterà la sola relazione di cui al 182 quinquies, comma 1, l. fall. Cfr. Trib. Milano, *Plenum* cit.

⁹ Cfr. P. VELLA, *op. ult. cit.*, ivi a p. 22-23.

¹⁰ Nonostante la rubrica dell'art. 182 quinquies faccia pensare all'applicazione di detto articolo solo nel caso di concordato in continuità aziendale (o nel caso di a.d.r.) detto articolo si ritiene applicabile anche ai concordati liquidatori. Cfr. sul punto: F. LAMANA, *Il c.d. Decreto Sviluppo* cit., ivi a p. 27; M. FABIANI, *Vademecum* cit., p. 8; L. BALESTRA,

Le soluzioni adottate in via di prassi sono abbastanza differenti a seconda della scuola di pensiero dei singoli tribunali e dell'interpretazione più o meno estensiva che viene data all'inciso del 182 quinquies l. fall. che conferisce potere di assumere "se del caso" sommarie informazioni.

Il Tribunale di Milano ¹¹ mostra una certa diffidenza sul punto tanto che distingue tra:

1) finanziamenti interinali richiesti con una domanda definitiva di concordato (o di omologa di un a.d.r.) in cui il tribunale ha una cognizione piena, potendo non solo assumere sommarie informazioni, ma avendo dinanzi a sé il piano, la relazione attestativa sulla fattibilità dello stesso e l'ulteriore relazione che attesta la funzionalità dei finanziamenti al miglior interesse creditorio;

2) finanziamenti interinali richiesti con una proposta di accordo di ristrutturazione ex 182 bis, comma 6 l. fall. in cui la cognizione del tribunale è «*semi-plena*», poiché vi è, – oltre la possibilità di assumere sommarie informazioni – una relazione solo sommaria sulla fattibilità, accompagnata sempre dall'ulteriore relazione di cui al 182 quinquies, comma 1;

3) finanziamenti interinali richiesti con una domanda di pre-concordato in cui la cognizione del tribunale è limitata, rimanendo ferma solo la relazione di cui al 182 quinquies, comma 1 e semmai la possibilità di assumere sommarie informazioni. In quest'ultimo caso (che è quello che ci interessa più da vicino) non dovrebbero mai essere concessi finanziamenti. Infatti a differenza che nella richiesta di atti di straordinaria amministrazione per i quali basta la presentazione delle linee guida del piano, in questo caso il tribunale ha bisogno di potersi confrontare con un piano «non solo definitivo e impegnativo, ma anche analitico» e con la relazione sulla fattibilità dello stesso; inoltre anche rispetto l'altra relazione il Tribunale lombardo ri-

op. cit., p. 1406; R. BONSIGNORE, *Finanza interinale nel concordato con riserva*, in *il Fallimentarista*, 06.12.2012; Trib. Milano, *Plenum* del 18 ottobre 2012, cit.

¹¹ Cfr. Trib. Milano, *Plenum* cit.

leva che «assai difficilmente, in concreto, un esperto potrà seriamente verificare e attestare che i finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori» se non dispone del suddetto piano. Pertanto si richiede la presentazione di piano e proposta definitivi, corredati dalle attestazioni richieste, altrimenti i finanziamenti verranno negati. Tuttavia, specifica il Tribunale di Milano, non è detto che se a seguito di una domanda di pre-concordato si richieda un'autorizzazione (con la stessa domanda o con separata istanza) a contrarre nuova finanza interinale sia per questo inammissibile anche la domanda di pre-concordato; ben potrebbe darsi il caso che la domanda principale sia considerata ammissibile qualora il tribunale rilevi che i finanziamenti che ne sono oggetto siano tali da non compromettere, se non autorizzati, la fattibilità del piano. In ogni caso secondo tale impostazione restrittiva la norma di cui al 182 quinquies sarebbe di molto ridimensionata, dato che gran parte della sua portata innovativa è dovuta proprio alla possibilità di ottenere l'autorizzazione a contrarre finanza in corso di procedura con la sola presentazione della domanda di concordato con riserva e della relazione circa la funzionalità di detti finanziamenti.

Su una posizione parzialmente diversa si colloca chi considera sufficiente la semplice sommaria indicazione del piano e della proposta, semmai accompagnata da una “pre-attestazione” sulla fattibilità, in modo da bilanciare la tutela dei creditori con l'interesse del debitore (meglio dell'impresa) ad ottenere nel più breve tempo possibile tali finanziamenti ¹². Infine si riscontra anche un'interpretazione che valorizza al massimo l'impatto innovativo della riforma, la quale ritiene sufficiente l'allegazione della sola attestazione dell'esperto, considerando che la volontà del legislatore sia quella di

¹² Cfr. Trib. Treviso, Sez. II, 16 ottobre 2012; M. FABIANI, *Vademecum* cit., ivi a p. 8; L. PANZANI, *Il concordato* cit.; P. BALDASSARRE, M. PERENO, *Prime riflessioni in tema di concordato preventivo in continuità aziendale*, in *il Fallimentarista*, p. 6.; L. QUATTROCCHIO, R. RANALLI, *op. cit.*, ivi a p. 14; L. BALESTRA, *op. cit.*, ivi a p. 1406.

far soppesare solamente questo soggetto l'effettiva funzionalità dei finanziamenti ¹³.

Ad avviso di chi scrive ognuna delle tesi esposte ha i suoi pregi e difetti, dipende da come s'intende calibrare in un'ottica di pesi e contrappesi l'interesse dell'impresa con quello dei singoli creditori. Per comprendere la reale portata della questione occorre chiarire quale sia il significato del termine *prededuzione* e volgere lo sguardo all'altra innovativa modifica della riforma del D.L. Sviluppo, ossia l'eliminazione della limitazione soggettiva alla concessione di finanziamenti prededucibili alle sole banche o istituti di credito e solo dopo sarà possibile delineare concretamente le linee problematiche che pian piano saltano già all'occhio leggendo questi paragrafi.

3. Significato di prededuzione e sua *ratio*

Gli articoli 182 quater, introdotto dalla riforma 2010 ¹⁴, e 182 quinquies, introdotto al D.L. n. 83/2012, considerano *prededucibili* ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 l. fall. i crediti derivanti dai finanziamenti di soggetti terzi (rispetto al debitore, ad es. le banche) o degli stessi soci al fine di favorire l'accesso al credito per le imprese in stato di crisi. Il richiamo all'art. 111 l. fall., sia da parte dell'art. 182 quater, che del nuovo 182 quinquies, ha indotto alcuni Autori a sostenere la tesi per cui la prededucibilità opererebbe solo nell'eventuale successivo fallimento e non troverebbe invece applicazione già all'interno della stessa procedura concordataria ¹⁵. Tra gli argomenti usa-

¹³ Cfr. R. BONSIGNORE, *op. cit.*, ivi a p. 1-2; Trib. Piacenza, 12 ottobre 2012.

¹⁴ Cr. Art. 48, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, come modificato dall'art. 1, l. 30 luglio 2010, n. 122.

¹⁵ Cfr. Cass., Sez I, 5 marzo 2012, n. 3402; P. VELLA, *L'accrescimento dei controlli di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, 2012, doc. n. 320, p. 30-33; B. ARMELI, *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prededucibilità e postergazione*, in *Il Fallimento*, 2011, p. 889 ss.; B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *www.ilcaso.it*, 2011, doc. n. 263, p. 32 ss.

ti per considerare la prededuzione come una tutela che inerisce esclusivamente il caso di insuccesso della procedura concordataria, tale che i crediti prededucibili sarebbero in realtà postergati riguardo al concordato e pagati immediatamente dopo gli altri crediti in esecuzione del piano, il più comune è quello “letterale”. Le parole «ai sensi e per gli effetti dell’art. 111 l. fall.» sembrerebbero richiamare esplicitamente il futuro, eventuale, fallimento. Invero, come autorevolmente rilevato ¹⁶, se i crediti derivanti dai medesimi finanziamenti fossero prededucibili solo in caso di insuccesso, questo potrà difficilmente rappresentare un incentivo alla concessione di finanziamenti in funzione, in esecuzione, o in corso della procedura (che è proprio la *ratio* di tali norme). In altri termini un soggetto, soprattutto se si tratta di un istituto di credito, non sarebbe invogliato a finanziare un’impresa “in concordato” per il sol fatto che il suo diritto di credito sarà trattato meglio degli altri in caso di insuccesso, semmai vorrà quelle sicurezze sulla buona riuscita dello strumento di risoluzione negoziata della crisi, dategli dall’intervento del tribunale per i finanziamenti in funzione; dei creditori prima e del tribunale dopo per quelli in esecuzione; del professionista indipendente e del tribunale per quelli in corso ¹⁷. Inoltre una volta sentitosi al sicuro riguardo il corretto funzionamento del concordato vorrà essere trattato meglio degli altri proprio nel medesimo procedimento, non in uno diverso che scaturirebbe dall’insuccesso del primo. Insomma per dirla con un linguaggio non prettamente giuridico è difficile che chi si arrischia a concedere ulteriore credito ovvero chi per la prima volta entra in contatto con un soggetto che è in crisi si accontenti di una vittoria di Pirro, vorrà dei concreti e notevoli vantaggi come contropartita del suo rischio.

¹⁶ Cfr. A. DIDONE, *Le impugnazioni nel concordato preventivo e il controllo del giudice sui crediti prededucibili*, in *Il Fallimento*, 2012, 7, p. 825 ss., ivi a p. 826-827.

¹⁷ Cfr. *Supra*, paragrafo 2.

Un altro argomento ¹⁸ a sostegno della tesi della prededucibilità solo *extra* concordato sarebbe l'eliminazione, ad opera della nuova riforma del D.L. "Sviluppo", del quarto comma dell'art. 182 quater l. fall. Tale disposizione riconosceva espressamente la prededucazione al credito maturato dal professionista attestatore per la relazione prevista dagli artt. 161, comma 3 e 182 bis, comma 1, l. fall. a patto che fosse espressamente disposta nel provvedimento di accoglimento (ovvero di omologa del accordo di 182 bis); era quindi un'esplicitazione del principio generale espresso dall'art. 111, comma 2 l. fall. Secondo i sostenitori della tesi in parola questo rappresenterebbe la fattispecie più convincente a favore della tesi della prededucazione endoconcordataria visto che riguardava una prestazione d'opera finalizzata all'introduzione della domanda di concordato e appariva ragionevole non subordinarne la soddisfazione a quella dei restanti creditori. L'abrogazione di questa disposizione sarebbe quindi dimostrazione della volontà del legislatore di restituire alla discrezionalità giudiziale la verifica di conformità al paradigma legale dell'art.111 l. fall., riallineando la condizione del professionista attestatore a quella di tutti gli altri professionisti coinvolti nella predisposizione della domanda concordataria. In realtà l'abrogazione del comma 4 dell'art. 182 quater è avvenuta perché creava, se interpretata rigidamente, una disparità di trattamento tra il professionista attestatore, la cui prededucibilità era espressamente sancita, e tutti gli altri che a rigore non potevano beneficiarne. Quindi l'eliminazione ha sì lo scopo di riallineare la posizione di tutti i professionisti, ma questo non va a dimostrare che le ulteriori ipotesi di prededucazione, che pur rimangono ben presenti nel dettato normativo, debbano essere considerate possibili solo in un eventuale fallimento. I primi commi dell'art. 182 quater non vengono toccati se non per inserire ancora più incentivi a chi intende finanziare l'impresa in crisi (soppressione delle limitazioni di carattere soggettivo) e addirittura viene introdotto in 182

¹⁸ Cfr. P. VELLA, *ult. op. cit.*, ivi a p. 32.

quinquies proprio per tutelare quei soggetti che finanziando l'impresa nel limbo tra il deposito della domanda e il provvedimento di ammissione risultavano a rigore esclusi dall'art. 182 quater.

A sostegno della non prededucibilità endoconcordataria si è talvolta richiamato il Chapter 11 come esempio di questa tesi; in particolare la sez. 507, U.S. Code ¹⁹. Senza entrare nel merito della comparazione, già affrontata *supra* ²⁰, basti qui ricordare che nel diritto statunitense la prededuzione è concessa *anche* nell'eventuale conversione della procedura in *liquidation* (di Chapter 7) e *non solo* in tale ipotesi. Così vi è chi interpreta le prededuzioni di cui alla sez. 507, U.S. Code nel senso che i crediti «devono essere soddisfatti integralmente in denaro contante in esecuzione del piano, ovvero, in caso di successiva liquidazione» ²¹. Anzi i crediti derivanti da finanziamenti in corso procedura di *reorganization* possono addirittura beneficiare di una *superpriority* per cui non solo sono prededucibili anche al momento di eseguire il concordato, ma possono essere pagati per primi anche rispetto agli altri crediti pur prededucibili (es. le spese di procedura) ²².

Tornando al 182 quater l. fall., una riprova della tesi opposta ovvero della valenza anche endoconcordataria della prededuzione si ritrova nell'ultimo comma dell'art. 182 quater l. fall. Il fatto che escluda dalla votazione e dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato (ex art. 177 l. fall.) proprio tali crediti di cui ai commi 2 e 3 dello stesso articolo è un chiaro segno dell'intenzione di trattare diversamente i titolari di questi crediti anche in fase concordataria ²³. Sempre facendo riferimento alla *ratio* di questo articolo (e quindi anche del 182 quinquies) che senso mai

¹⁹ Sempre P. VELLA, *op. ult. cit.*, ivi a p. 31.

²⁰ Cfr. *Supra*, Capitolo I, paragrafo 5.4.

²¹ Cfr. F. MARELLI, *Aspetti della liquidazione* cit., ivi a p. 835.

²² Cfr. sez. 364 lett. c, U.S. Code; *Supra*, p. 29. Si fa qui riferimento a “finanziamenti in corso”, ma si badi che non c'è una distinzione tra finanziamenti “in funzione”, “in esecuzione” e “in corso” di procedura nel Chapter 11.

²³ Cfr. F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il “Decreto Sviluppo”*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 26.

avrebbe cercare di incentivare i finanziamenti in funzione, in esecuzione e in corso di procedura con una disposizione che, da una parte, toglie la possibilità di esprimersi all'interno della stessa e, dall'altra, attribuirà pure dei benefici, ma solo in caso di un eventuale fallimento? Questa concezione limitativa dell'istituto trova radice nella "consecuzione delle procedure". Infatti poteva anche avere senso considerare la prededuzione operante nel solo fallimento, ma a patto che questo conseguisse automaticamente (d'ufficio) all'insuccesso del procedimento minore. Oggi però questo automatismo è venuto meno insieme alla possibilità di dichiarare d'ufficio il fallimento, pertanto per riempire realmente di significato le disposizioni di cui al 182 quater (e quinquies) bisogna considerare la prededuzione operante anche all'interno del procedimento concordatario, fermo restando che nell'ipotesi di insuccesso dello stesso esplicherà i suoi effetti anche in sede fallimentare.

E' il caso ora di indagare sul funzionamento del meccanismo della prededuzione. Secondo Alcuni consiste nel pagamento anticipato dei crediti per i finanziamenti erogati secondo gli artt. 182 quater e quinquies rispetto a quelli facenti capo ai creditori concorsuali (ovvero quelli sorti prima dell'apertura della procedura) ²⁴. Tuttavia bisogna prendere coscienza del fatto che la prededucibilità nasce come una vera e propria regola di ripartizione, ma oggi si atteggia più ad una qualità del credito. Quindi nel fallimento la si identifica *tout court* come un'esclusione dal concorso ²⁵, ma nel concordato è meglio considerarla una caratteristica di alcuni crediti che comporta un trattamento peculiare degli stessi. In pratica i creditori in prededuzione verranno pagati secondo il titolo genetico del loro credito, il che non

²⁴ Cfr. A. DIDONE, *op. cit.*, ivi a p.827; L. BALESTRA, *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. Decreto sviluppo*, in *Il Fallimento*, 2012, 12, p. 1401 ss., ivi a p. 1403; M. ARATO, *Il concordato con continuità aziendale*, in *il Fallimentarista*; S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *Dir. Fall.*, 2012, p. 470-478; M. FABIANI, *Prededuzione «speciale» ex art. 182 quater l. fall., regime di impugnazione*, in *Foro.it*, 2011, I, p. 2532.

²⁵ Ma attenzione al 111 bis, di cui diremo subito sotto.

vuol dire per forza che saranno pagati subito integralmente (infatti ben potrebbe essere prevista una rateazione), ma che comunque saranno trattati secondo quanto pattuito e non si “mischieranno” con gli altri crediti chirografari che potranno subire la falcidia concorsuale. Quindi non è propriamente corretto ritenere che i creditori prededucibili vengano preferiti in tutto e per tutto ai concorsuali; si pensi anche all’art. 111 bis nel fallimento e al 160 comma 2 l. fall. nel concordato per cui i soggetti titolari di crediti prededucibili non saranno comunque preferiti ai soggetti che per legge sono muniti di pegno o ipoteca. Se questo è vero gli stessi potranno procurarsi anche loro garanzie reali tali da farli prevalere sugli altri prelatizi in relazione al bene su cui inerisce il pegno o l’ipoteca e per la quantità di credito coperta da garanzia; infatti si troveranno con un credito con “qualità” prededucibile e in più garantito. A differenza del nuovo 185 quinquies l. fall. che attribuisce espressamente tale facoltà al comma 3, il 182 quater tace sul punto. Tuttavia ben potrà applicarsi l’art. 168 ult. comma, l. fall. secondo il quale i creditori possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti a patto che siano appositamente autorizzati dal giudice.

4. Modifiche all’art. 182 quater.

Eliminazione delle limitazioni soggettive

Dall’introduzione nel 2010 dell’istituto delle prededuzioni concordatarie ex art. 182 quater l. fall. si è più volte sentita l’esigenza di criticare quel limite soggettivo imposto da tale norma che permetteva la prededuzione solamente ai crediti derivanti da finanziamenti concessi da banche o da intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli artt. 106, 107 T.u.b. ²⁶. Non si

²⁶ Cfr. P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi a confronto*, in *Il Fall.*, II, 2011, p.129 ss; L. BALESTRA, *op. cit.*, ivi a p. 1404; P. VELLA, *op. ult. cit.*, ivi a p. 18-19; M. VITIELLO, *le soluzioni concordate*, cit., ivi a p.15; S. AMBROSINI,

comprendeva per quale ragione non potessero usufruirne anche tutti gli altri soggetti visto che comunque la *ratio* era di agevolare il più possibile il ricorso a strumenti alternativi al fallimento (non solo il concordato, ma anche gli a.d.r.), proprio dando la possibilità all'impresa di creare più ricchezza possibile da ridistribuire in una successiva liquidazione o, meglio ancora, da destinare in parte ai creditori e in parte ai fattori produttivi che permettono all'impresa di rimanere sul mercato; più sono i soggetti incentivati meglio è, sempreché non ci sia una malsana logica di agevolare solamente le banche nei loro intenti speculativi. Ebbene la riforma della legge 134/2012 ha recepito tale indirizzo critico e ha eliminato questa limitazione estendendo a chiunque, anche gli stessi soci ma nei limiti dell'80% del loro ammontare, la possibilità di fruire delle prededuzioni ²⁷. Invero questa deroga alla postergazione stabilita dagli artt. 2467 e 2497 c.c. era già presente prima della riforma 2012, ma il comma 3 del 182 quater che la prevede è stato riformulato. La precedente formulazione prevedeva la prededuzione dei crediti derivanti dai finanziamenti dei soci solo nel caso di finanziamenti "in esecuzione" del concordato o dell'a.d.r. Oggi invece vi è un'espressa parificazione dei due tipi di finanziamenti di cui ai commi 1 e 2 (in esecuzione e in funzione) e la prededuzione dei crediti derivanti da finanziamenti dei soci è espressamente riconosciuta in entrambi i casi e non più solo riferita al solo comma 1. Non manca chi già critica questa estensione argomentando che nel caso dei finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo (o della domanda di omologazione dell'a.d.r.) ci si trova in una fase in cui «le asimmetrie informative tra soci e creditori, che l'art. 2467 c.c. è diretto a tutelare,

Profili civili e penali delle soluzioni negoziali nella L. n. 122/2010, in *Il Fallimento*, 2011, p. 644; G. CAVALLI, L. PANZANI, *Introduzione, Grandi e piccole insolvenze: dal caso Chrysler alla crisi del consumatore*, Atti del Convegno di Alba, 28 novembre 2009, Torino, 2010, p. 22.

²⁷ Cfr. prima della riforma: O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale a cura di Cottino*, Padova, Cedam, 2007, p. 120. G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni* a cura di Colombo, Portale, Torino, Utet, 2004, p. 151.

sussistono alla massima potenza»²⁸; infatti in questo caso i finanziamenti non sono stati approvati dai creditori, che non hanno ancora votato. Invece rimane la disposizione per cui la prededucibilità opera solo fino all'80% dell'ammontare del credito, mentre il restante 20% è postergato ai sensi degli artt. 2467 e 2497 c.c. Ma anche qui c'è stata un'aggiunta del legislatore. Se il finanziamento proviene da chi ha acquisito la qualità di socio in esecuzione del concordato preventivo o dell'a.d.r. la prededuzione è totale. Queste norme, pur prestando il fianco a critiche, debbono considerarsi un auspicio da parte del legislatore a che gli stessi soci partecipino in prima persona alla risoluzione della crisi. Il coinvolgimento anche di questi soggetti "interni" all'impresa, agevolati ad erogare ulteriore finanza di tasca propria, sarà visto come un accadimento positivo anche dai soggetti terzi estranei ad essa. Se per primi rischiano i soci "mettendoci del loro" vuol dire che vi sono buone prospettive di recupero²⁹. Per la verità a questa considerazione si deve aggiungere che più li si agevola, tramite l'utilizzo di prededuzioni, meno rischiano, e pur aumentando il loro contributo bisogna considerare che comunque il loro credito beneficerà di questa peculiare qualità per cui prevarranno sugli altri chirografari che, a ben vedere, sono quelli che veramente potrebbero rimetterci; anche perché sono i creditori più deboli, quelli che non hanno garanzie e, di solito, anche i meno informati. Sarà anche pur vero che i creditori in prededuzione non votano, ma bisogna vedere quanto rimane per i chirografari visto che l'aliquota a loro destinata risulterà ridotta e che anche se votano contro non è detto che il concordato non venga comunque approvato. Comunque su questo tema della tutela dei chirografari a

²⁸ Così P. VELLA, *op. ult. cit.*, ivi a p. 19; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, p. 178.

²⁹ Cfr. S. AMBROSINI, *Appunti "flash" sull'art. 182 quater della legge fallimentare*, in *www.ilcaso.it*, 2010, doc. n. 204, p. 3; M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Il Fallimento*, 2010, p. 905; G. CAVALLI, L. PANZANI, *op. cit.*, ivi a p. 21.

seguito dell'aumentare delle ipotesi di prededuzione torneremo *nel prossimo paragrafo*.

Il nuovo art. 182 quinquies, che prevede i finanziamenti “in corso”, non specifica nulla rispetto al finanziamento dei soci. Ci si chiede allora se questo mancato richiamo possa intendersi come una svista, per cui si applicherà la disciplina del 182 quater, con conseguente prededuzione dell'80% del credito ³⁰, ovvero se il mancato richiamo sia voluto proprio per applicare una totale prededuzione del credito dei soci ³¹, o infine se debba trovare applicazione, non essendoci qui alcuna deroga, la disciplina generale degli artt. 2467 e 2497 c.c. Anche se appare in dissonanza con la normativa prevista per gli analoghi finanziamenti di cui all'art. 182 quater, sembrerebbe preferibile la tesi che esclude qualsiasi estensione dello stesso articolo, trovando così applicazione la regola generale dettata dal codice civile ³².

5. Continua estensione dell'area del prededucibile.

Incentivi alle imprese e rischi per il ceto creditorio

La possibilità di ottenere ulteriore credito è una linfa vitale per le imprese in crisi senza la quale l'attività probabilmente non potrà andare avanti. D'altronde non è che in tutti i casi essa sia sufficiente per uscire dalla crisi, ma molto spesso privare le imprese già in difficoltà della possibilità di pagare le future forniture, i contratti di trasporto, i lavoratori o addirittura la

³⁰ Cfr. P. VELLA, *ult. op. cit.*, ivi a p. 23.

³¹ Cfr. F. LAMANNA, *Il c.d. Decreto Sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in *il Fallimentarista*, p. 28-29; G. BENVENUTO, *Quadro sintetico delle novità in materia concorsuale introdotte con il d.l. 33 giugno 2012 n. 83*, in *il Fallimentarista*, p. 1; F. BRIOLINI, *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497 c.c. e sull'art. 182 quater l. fall.*, in *Dir. Fall.*, 2012, p. 535-636; A. BOTTAI, *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, 2012, p. 926, in nota.

³² Cfr. L. BALESTRA, *op. cit.*, ivi a p. 1405; M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade cit.*, ivi a p. 906; S. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle novità introdotte dalla legge 30 luglio 2010, N. 122 in materia di soluzioni negoziate delle crisi d'impresa*, in *Crisi di imprese: casi e materiali* a cura di F. Bonelli, Milano, 2010, Giuffrè, p.174.

somministrazione di energia, perché “in cassa è rimasto ben poco” e non vi è nessuno disposto a concedere finanziamenti, considerati poco vantaggiosi e rischiosi, vuol dire rinunciare ad ogni possibilità di recuperare l’impresa e rimetterla sul mercato. Da accogliere sicuramente con favore è perciò l’intenzione del legislatore di incentivare tramite l’uso delle prededuzioni la possibilità di accedere al credito in queste situazioni di massima delicatezza. Bisogna però vedere che prezzo devono pagare gli altri creditori, soprattutto i chirografari, rispetto a questi incentivi; nel senso che più si allarga l’area del prededucibile più l’aliquota di patrimonio destinata ai chirografari decresce; se poi si aggiunge che sono i creditori che, pur votando, sono meno in grado di tutelarsi da soli e di ricevere informazioni rilevanti ecco che si capisce quanto il rischio di un documento nei loro confronti sia reale. Perché bisogna considerare anche che le prededuzioni non vanno comunque ad alterare l’ordine legale di prelazione e chi è munito di pegno o ipoteca, di solito le banche (e neanche tutte ma quelle più forti) prevarrà comunque nei limiti della garanzia. Inoltre il 182 quinquies, comma 3 parla chiaro: «il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei medesimi finanziamenti», vuol dire che anche chi concede finanziamenti e beneficia della prededuzione può comunque essere garantito.

Quindi nonostante si consideri l’allargamento dell’area del prededucibile a favore delle imprese, non si dimentichi che imprese sono anche quelle fornitrici di materie prime che non sono considerate essenziali ai fini del 182 quinquies, comma 4 (c.d. pagamento dei crediti anteriori), ma che sono titolari di un diritto di credito – probabilmente al grado di creditori chirografari – nei confronti dell’impresa-debitrice in crisi. Ebbene bisogna domandarsi che fine farà il credito di queste imprese (creditrici chirografarie) quando il patrimonio del debitore già poco capiente sarà sì “rimpiunguato dalla nuova finanza”, ma questa sarà destinata in parte al pagamento delle forniture e manodopera essenziali in parte, eventualmente, ad investimenti

futuri per poter tenere l'impresa sul mercato. E anche i ricavi ottenuti dai medesimi investimenti saranno in parte destinati a pagare i fattori produttivi e in parte andranno a ripagare chi ha erogato credito ed ora beneficia della prededuzione. Fino a che punto l'erogazione di nuova finanza, che sarà ripagata in prededuzione, va realmente a vantaggio anche di questi creditori e non delle sole banche che sommano alla prededuzione anche la garanzia reale del 182 quinquies, comma 3? Per lo stesso motivo anche tra i finanziatori che godranno delle prededuzioni non c'è parità di trattamento; quelli più forti e in grado di procurarsi garanzie nel caso in cui poi l'impresa derivi definitivamente fino al fallimento godranno del 111 bis, comma 2 l. fall., per cui si soddisferanno per primi rispetto al ricavato del bene che costituisce garanzia, risultando in prededuzione agli stessi prededucibili. I soggetti che realmente subiranno un pregiudizio sono i chirografari, tra i quali vi saranno anche i fornitori non considerati essenziali e le banche non così forti da ottenere pgni e ipoteche. Per questo motivo tutti quei soggetti che beneficiano di prededuzioni e/o di garanzie non hanno diritto di voto, ma con il discusso meccanismo della votazione per classi ³³ è sempre più sentito il rischio «per quei creditori che non ci starebbero ma che a causa dell'altrui accettazione della proposta rimangono obbligati a subire un trattamento considerato deteriore e contro il quale hanno invano votato, rimanendo in minoranza» ³⁴. Infatti ai sensi dell'art. 184, comma 1, l. fall. il concordato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato.

D'altro canto se è giusto tutelare i singoli creditori chirografari, visto che si può verificare una espropriazione del credito per cui questi si trovano

³³ Su cui tanto ci sarebbe da dire, ma su cui non ci soffermeremo nel presente lavoro.

³⁴ Prima della riforma già diversi Autori si ponevano il problema della tutela creditoria a fronte delle modifiche sulla votazione in classi e sull'estensione delle prededuzioni; cfr. per tutti P. MENTI, *op. cit.*, ivi a . 453-454; L. LANFRANCHI, *Costituzione e procedure concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2010, in particolare Capitolo I.

in balia delle decisioni di una maggioranza di classe di cui non si sentono per nulla parte, è parimenti doveroso considerare l'importanza di tutti questi istituti che, dimostrando la notevole potenzialità di alcune misure alternative al fallimento quali in particolar modo gli a.d.r. e il concordato preventivo, hanno contribuito ad un tangibile incremento dell'utilizzo degli stessi. Norme come quelle appena analizzate sulla possibilità di ottenere “nuova finanza” sono sicuramente indispensabili per trascinare le imprese al di fuori della crisi, bisogna però considerarne i rischi, tra i quali il fatto che gli stessi finanziatori non se la sentano più di erogare nuova finanza neppure col beneficio delle prededuzioni, se non garantiti da pegni o ipoteche. Queste considerazioni si riproporranno anche riguardo il pagamento dei crediti anteriori alla procedura (ex art. 182 quinquies, comma 4, l. fall.) e lo scioglimento dei contratti pendenti (ex art. 169 bis, l. fall), istituti introdotti dalla riforma 2012. Quindi dopo aver illustrato il problema tenteremo in quella sede di darvi risposta, anche attraverso un'indagine sul concetto di *par condicio creditorum*.

Strettamente collegato a questo argomento sul bilanciamento di interessi impresa-creditori nel concordato preventivo è anche il tema del ruolo del professionista attestatore, del tribunale e del commissario giudiziale ³⁵. Per quanto attiene l'argomento che si sta affrontando in questa sede si è illustrata poco *supra* la difficoltà per il tribunale di decidere sull'autorizzazione a contrarre nuova finanza prededucibile, e magari garantita, assumendo le sommarie informazioni e basandosi sull'attestazione del professionista, la quale può essere duplice nel caso di domanda definitiva di concordato (o di omologa di un a.d.r.) ³⁶ e unicamente riguardante la funzionalità dei finanziamenti interinali alla miglior soddisfazione dei creditori nel caso di domanda di pre-concordato. Tra le varie tesi esposte, ad avviso di chi scrive, la

³⁵ L'argomento è stato ampiamente affrontato *supra*, capitolo III.

³⁶ In particolare l'attestazione della fattibilità del piano, ex 161 comma 3, l. fall. e quella sulla funzionalità dei finanziamenti, ex. 182 quinquies, comma 1, l. fall.

prassi “restrittiva” del Tribunale di Milano ³⁷ ben si presta al caso in cui effettivamente la funzionalità del finanziamento al miglior soddisfacimento creditorio dipenda dalle caratteristiche del piano e della proposta; ad esempio nel concordato con continuità aziendale qualora il finanziamento sia necessario per realizzare investimenti iniziali con risultati attesi nel medio-lungo periodo ovvero nel caso in cui l'ammontare richiesto sia talmente rilevante da aggravare l'esposizione debitoria al punto che non si possa prescindere dall'esame di un piano definitivo ed analitico nel cui contesto sono inseriti tali finanziamenti. Tuttavia vi sono pure casi in cui la valutazione di detta funzionalità dei finanziamenti prescinde del tutto dalla tipologia e caratteristiche del piano e della proposta; ad esempio qualora il finanziamento sia necessario per l'acquisto di merce o per preservare il valore di beni rapidamente deperibili da destinarsi a soggetti terzi, solvibili, che hanno effettuato un ordine di acquisto di tali beni; qui non importa se il concordato sarà liquidatorio o meno, in ogni caso «preservare e monetizzare il valore dei beni (pur al netto della prededuzione) non potrà che accrescere le risorse da destinare ai creditori» ³⁸. Inoltre vi sono casi di estrema urgenza (come la richiesta di finanziamenti per pagare le forniture di energia elettrica) che potrebbero comportare l'erogazione di una piccola quantità di credito, tale da non incidere di molto sull'esposizione debitoria; pretendere in tale caso di avere cognizione del piano, proposta e relazioni attestative appare qui forse esagerato. Limitatamente a queste ipotesi più adatta è allora la tesi più “elastica” che autorizza detti finanziamenti basandosi sulla relazione attestativa

³⁷ Secondo cui non si dovrebbero concedere autorizzazioni a contrarre finanziamenti interinali prededucibili richiesti con un pre-concordato, perché la presentazione di un piano definitivo ed analitico è indispensabile non solo per la valutazione del tribunale, ma anche per quella dell'attestatore, che nel caso di pre-concordato dovrà attestare la sola funzionalità di cui al 182 quinquies, comma 1 l. fall., ma non potrà farlo in maniera soddisfacente senza siffatto piano; cfr. Trib. Milano, *Plenum* del 10 ottobre 2012 cit.

³⁸ Cfr. R. BONSIGNORE, *op. cit.*, ivi a p. 2-3.

di cui al 182 quinquies, comma 1, l. fall. e sulle linee guida del piano ³⁹. Semmai sarà possibile per il tribunale applicare l'inciso «assunte se del caso sommarie informazioni» di cui al 182 quinquies, comma 1 per nominare uno o più ausiliari valutare più approfonditamente la situazione ⁴⁰ ovvero coinvolgendo nella decisione il ceto creditorio ⁴¹.

6. Nuova finanza del terzo e divieto di alterazione dell'ordine legale dei privilegi

Nonostante l'analisi dei vincoli alla proposta concordataria di cui all'art. 160, comma 2, l. fall. e la divisione dei creditori in classi non siano oggetto di questo scritto è il caso di citare in questa sede un'importante pronuncia in tema di nuova finanza e di rispetto delle regole concorsuali di non alterazione dell'ordine legale dei privilegi. Si tratta della sentenza Cass. Civile, Sez. I, 8 giugno 2012, n. 9373 (rel. Ceccherini) ⁴², c.d. caso "Tecnomil S.p.a.". La questione ivi affrontata riguarda l'applicazione del vincolo della graduazione alla nuova finanza.

Il debitore è oggi piuttosto libero nel confezionare la proposta di concordato preventivo, tuttavia deve attenersi al rispetto di un duplice vincolo: 1) i creditori privilegiati possono essere soddisfatti parzialmente solo se i beni sui quali insiste la garanzia non sono capienti. In questo caso per la parte non soddisfatta del credito saranno considerati chirografari e avranno diritto di voto; 2) quando la proposta debitoria si basa su un piano nel quale è prevista una divisione in classi, non può essere alterato l'ordine

³⁹ Cfr. Trib. Treviso, Sez. II, 16 ottobre 2012; M. FABIANI, *Vademecum cit.*, ivi a p. 8; L. PANZANI, *Il concordato cit.*; P. BALDASSARRE, M. PERENO, *Prime riflessioni in tema di concordato preventivo in continuità aziendale*, in *il Fallimentarista*, p. 6.; L. QUATTROCCHIO, R. RANALLI, *op. cit.*, ivi a p. 14; L. BALESTRA, *op. cit.*, ivi a p. 1406.

⁴⁰ Cfr. Trib. Parma, 17 ottobre 2012; Trib. La Spezia, 25 settembre 2012 cit.

⁴¹ Cfr. R. BONSIGNORE, *op. cit.*, ivi a p. 4.

⁴² Cfr. *Il Fallimento*, 2012, 12, p. 1409 ss.

delle prelazioni ⁴³. La norma fa riferimento a pegno, ipoteca e privilegio (non distinguendo quest'ultimo tra generale e speciale). Il problema è l'interpretazione del vincolo di graduazione nel caso di creditori muniti di privilegio generale in cui il rapporto di inerenza tra credito e bene è evanescente al punto che possono essere considerati dei chirografari che vanno pagati per primi ⁴⁴. Siccome il privilegio generale copre l'intero patrimonio, il quale costituisce garanzia generica del debitore (ex art. 2740 c.c.), se non si possono soddisfare i creditori chirografari prima di aver soddisfatto i privilegiati ⁴⁵ sembrerebbe proprio che il pagamento parziale dei privilegiati generali si traduca nell'impossibilità di pagare i chirografari; tuttavia secondo alcuni questo è vero solo quando il patrimonio del debitore è incapiente e le risorse disponibili provengono unicamente dallo stesso senza che vi siano risorse esterne. In quest'ultimo caso invece, ove ad esempio ci sia l'erogazione di nuova finanza da parte di un terzo, il debitore ben potrebbe assegnarla al pagamento di creditori mediante la proposta, senza dover rispettare il vincolo della graduazione. Questo perché il terzo che eroga finanza non è obbligato nei confronti dei creditori del debitore al rispetto del 2741, comma 1 c.c. dato che i suoi beni non costituiscono garanzia patrimoniale ex 2740 c.c., «altrimenti verrebbe divelta la stessa possibilità di non soddisfare integralmente i creditori privilegiati» ⁴⁶. La sentenza citata stra-

⁴³ Cfr. art. 160, comma 2, l. fall.

⁴⁴ Cfr. M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., ivi a p. 616.

⁴⁵ C.d. *Absolute priority rule*, di cui *supra*, Capitolo I.

⁴⁶ Cfr. Trib. La Spezia, 8 febbraio 2011 (rel. Bellè), in *Il Fallimento*, 2012, 6, p. 731 ss.; Trib. Milano, 20 luglio 2011, in *www.ilcaso.it*; Trib. Monza, 22 dicembre 2011, *ivi*; Trib. Salerno, 9 novembre 2010, *ivi*; App. Venezia, 17 luglio 2010, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms. n. 0317; Trib. Pordenone, 21 ottobre 2009, *ivi*; Trib. Messina, 18 febbraio 2009, in *Il Fallimento*, 2010, p. 79, con nota di L.A. Bottai; Trib. Padova, 3 novembre 2009; Trib. Treviso, 11 febbraio 2009, in *Il Fallimento*, 2009, p. 1439, con nota di G. Bozza; Trib. Pescara, 7 aprile 2008, in *www.ilcaso.it*. In dottrina M., FABIANI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 617; G.B. NARDECCHIA, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2011, p. 80; G. BOZZA, *L'utilizzo della nuova finanza nel concordato preventivo e la partecipazione al voto dei creditori preferenziali incapienti*, in *Il Fallimento*, 2009, p. 1441; C. PROTO, *Le classi dei creditori nel concordato preventivo*, Milano, Ipsoa, p. 79; L. MANDRIOLI, *Il concordato preventivo e la transazio-*

volge questa impostazione. Secondo il principio di diritto enunciato, l'utilizzo della "nuova finanza" si sottrae al divieto della graduazione dei crediti allorché risulti neutrale rispetto allo stato patrimoniale della società debitrice non comportando, né un incremento dell'attivo, né un aggravio del passivo ⁴⁷. Per converso il vincolo deve essere rispettato ogniqualvolta gli apporti del terzo "transitivo" nel patrimonio del debitore prima di essere ripartiti ai creditori; il tribunale dovrà valutare caso per caso se vi sia o meno tale "transito". Ad una prima lettura potrebbe risultare anche una pronuncia conciliante con l'orientamento citato poco fa. In realtà se proviamo a comprendere in quali ipotesi il denaro del terzo possa non transitare nel patrimonio del debitore non comportando alcuna variazione dello stato patrimoniale, né attiva – perché in tal caso i creditori privilegiati non potrebbero essere privati dei diritti che vantano sul patrimonio del debitore – né passiva – nel senso che sarebbe previsto il rimborso del finanziamento – le cose si complicano ⁴⁸. Gli apporti del terzo possono essere:

Donazione di beni: rispetto alle variazioni attive e passive dello stato patrimoniale vi sarà un'iscrizione della donazione tra le voci attive quale immobilizzazione materiale o disponibilità liquide.

Accollo di debiti: vi sarà una variazione della voce debiti sul lato passivo.

Finanziamento: vi sarà una variazione sul lato attivo con l'iscrizione della relativa posta tra le disponibilità liquide, eventualmente, accompagnata da una variazione anche sul lato passivo tra i debiti dove dovrà iscriversi la relativa posta passiva riguardante l'obbligo restitutorio derivante dal finanziamento a titolo oneroso.

ne fiscale, in *La riforma organica delle procedure concorsuali* a cura di S. Bonfatti e L. Panzani, Milano, 2008, p. 146.

⁴⁷ Cfr. Cass., Sez I, n. 9373/2012 cit.

⁴⁸ Cfr. D. BIANCHI, *La Cassazione, la nuova finanza e l'alterazione dell'ordine dei privilegi*, in *Il Fallimento*, 2012, 12, p. 1411 ss., ivi a p. 1413.

Trust: anche nel caso in cui il terzo sia solamente garante delle obbligazioni concordatarie e quindi le risorse da lui fornite non transiteranno nel patrimonio del debitore, tuttavia l'obbligazione di garanzia del terzo avrà natura accessoria rispetto a quella principale, la quale gravando sul patrimonio debitorio dovrà necessariamente rispettare l'ordine legale delle prelazioni.

Quindi in ogni caso l'apporto del terzo "transita" nel patrimonio del debitore, con la conseguenza che, seguendo il ragionamento dalla Cassazione, si dovrebbe sempre applicare il vincolo del rispetto della graduazione dei privilegi, anche nel caso di apporti esterni ⁴⁹.

Seconda parte. Il concordato con continuità aziendale.

7. Ambito di applicazione del 186 bis

Come già accennato *supra* ⁵⁰, tramite l'introduzione dell'articolo 186 bis il legislatore ha esplicitato quella distinzione (già presente in via di prassi) tra concordato liquidatorio e concordato volto alla prosecuzione dell'attività d'impresa. Nel D.L. 83/2012 la formulazione del primo comma dell'art. 186 bis considerava comunque applicabili al concordato con continuità, in quanto compatibili, le norme di cui agli artt. 160 ss., l. fall. Con la conversione in legge 134/2012 questa "clausola di chiusura" è però stata eliminata. Non vuol certo dire che le norme di cui al 160 ss., l. fall. ora non sono più applicabili nemmeno se compatibili col concordato in continuità, ma semmai tale elisione va interpretata come una volontà di «distinguere nettamente le due normative» ⁵¹. Strettamente legate al 186 bis sono anche altre nor-

⁴⁹ Cfr. F. DI MARZIO, *Finanza esterna e concordato preventivo*, in *il Fallimentarista*, 04.03.2013; D. BIANCHI, *op. cit.*

⁵⁰ Cfr. *Supra*, Capitolo II, paragrafo 9.

⁵¹ Cfr. M. VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni* cit., ivi a p. 1.

me della stessa legge fallimentare: il 182 quinquies, comma 4, che fa espresso riferimento alla continuità aziendale, il 182 sexies e il 169 bis, che seppur applicabili anche ai concordati prettamente liquidatori, sembrano pensati soprattutto alla luce della continuità aziendale. In un certo senso l'intera riforma del "D.L. Sviluppo" è incentrata sul concetto di continuità aziendale in un'insieme di pesi e contrappesi tra uno spiccato *favor* per l'impresa e una preoccupazione per la tutela del ceto creditorio.

Nel concetto di continuità rientrano, sia i casi di prosecuzione diretta e a tempo indeterminato dell'impresa in capo all'imprenditore, sia i casi di prosecuzione volta al mantenimento dei valori della stessa in funzione di una cessione dell'azienda; e quindi di continuazione dell'attività in capo ad un soggetto diverso, ad esempio una o più società, anche di nuova costituzione. Ebbene in queste ultime ipotesi si potrà propriamente parlare di continuità ai sensi del 186 bis, con conseguente necessaria redazione di un *business plan*, solo fintantoché l'impresa rimane nella disponibilità del proponente; una volta passata nella disponibilità di un soggetto diverso la normativa in parola non troverà applicazione. Parimenti se l'affitto o la cessione fossero conclusi prima del deposito della domanda di concordato non si potrebbe proprio considerare un concordato in continuità ⁵². Anche l'attestazione del professionista sarà diversa a seconda di una continuazione a tempo indeterminato ovvero di una continuazione funzionale ad una futura cessione dell'azienda.

⁵² Così M. VITIELLO, *op. ult. cit.*; Contra P. BALDASSARRE, M. PERENO, *Prime riflessioni in tema di concordato preventivo in continuità aziendale*, in *il Fallimentarista*, 2012, p. 1.

8. Il *business plan* e la attestazione della sua fattibilità da parte del professionista

Innanzitutto va ora chiarito che nel caso di concordato preventivo volto alla prosecuzione dell'attività d'impresa il piano e l'attestazione dello stesso debbono presentare contenuti ulteriori e peculiari ⁵³. Il piano, oltre all'analitica descrizione delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, di cui all'art. 161, comma 2, lett. e), «deve contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura» ⁵⁴. La relazione, oltre a riguardare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano di cui all'art. 161, comma 3, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori ⁵⁵. Nel caso di successiva cessione dell'azienda l'attestazione dovrà fare riferimento all'opportunità e convenienza dell'esercizio che è solo temporaneamente ancora in capo al debitore; verrà quindi accertata l'utilità di tale esercizio rispetto la possibilità di realizzare utili ovvero di conferire “vitalità” all'azienda in vista della cessione o del conferimento. Nel caso di prosecuzione a tempo indeterminato invece riguarderà la convenienza della continuazione dell'attività rispetto alla liquidazione dei singoli beni ⁵⁶.

Sia chiaro che se il debitore non è nelle condizioni di soddisfare le ragioni dei creditori, poiché si trova in uno stato di crisi o peggio di insolvenza, non è detto che l'impresa non possa avere una sua autonoma ragione economica. In altri termini il binomio imprenditore-impresa è strettamente legato all'esistenza di un capitale dell'imprenditore investito nell'impresa stessa, per cui la legittimazione dell'imprenditore a disporre di un patrimo-

⁵³ Rimandando a quanto detto *supra*, rispetto al professionista attestatore e alla redazione del piano concordatario.

⁵⁴ Cfr. art. 186 bis, comma 2, lett. a), l. fall.

⁵⁵ Cfr. art. 186 bis, comma 2, lett. b), l. fall.

⁵⁶ Sempre M. VITIELLO, *op. ult. cit.*, ivi a p. 3.

nio aziendale deriva dall'esistenza di un capitale proprio e, se questo non è più esistente a causa delle perdite subite, potrà servire solo alla soddisfazione dei creditori secondo le regole concorsuali. Questo è quanto avviene considerando solo il lato dell'imprenditore. Può ben darsi però che l'impresa abbia una sua autonoma ragione economica e che quindi si muova su di un binario diverso da quello dell'imprenditore ⁵⁷. Potrebbe rimanere sul mercato, magari tramite la sostituzione dell'imprenditore originario (*turnaround*), salvaguardando tutta una serie di rapporti commerciali e professionali con la stessa: si pensi ad esempio ai fornitori, alle banche, ai lavoratori, ai consumatori, ai rapporti con la P.A. e gli Enti previdenziali. Inoltre, sempre considerando l'impresa come un soggetto a se stante e non per forza legato inscindibilmente alla sorte dell'imprenditore, si possono considerare le ragioni a favore della prosecuzione dell'attività anche in termini di salvaguardia del valore aziendale considerato non come mera somma dei beni materiali strumentali, ma come comprensivo dei c.d. *intangibles* ⁵⁸. Si tratta del valore di avviamento, ossia del marchio, dei brevetti, delle relazioni commerciali e di collaborazione, della clientela e della reputazione, insomma di tutte quelle componenti immateriali che danno un valore aggiuntivo all'azienda. Per cui rimanere o meno sul mercato potrebbe fare la differenza: se il valore di questi *intangibles* è molto alto andrebbe preservato e la scelta di "spezzettare" l'azienda e rivendere singolarmente i beni materiali che ne fanno parte non sarebbe in questo caso la più adatta.

Per comprendere quale sia la scelta migliore, cioè se proporre un concordato con continuità redigendo un piano industriale ovvero uno liquidatorio, il primo passo sta nella verifica economica della continuità azienda-

⁵⁷ Cfr. C. BIANCO, *Brevi riflessioni economiche sul concordato preventivo in continuità*, in *il Fallimentarista*, 19. 12. 2012, p.2-3.

⁵⁸ Cfr. G. SAVIOLI, *La redazione e l'attestazione* cit., ivi a p. 2; E. COMUZZI, S. MARASCA, L. OLIVOTTO, *Intangibles: profili di gestione e di misurazione*, Milano, 2009.

le effettuata tramite lo *schema di conto economico “scalare”*⁵⁹ che serve ad identificare le cause della crisi e la possibilità (o impossibilità) di soluzione delle stesse. Tale schema “scalare” è quello che meglio evidenzia le criticità dell’andamento economico distribuendo tra i fattori produttivi (lavoro, materie prime, capitale) il valore aggiunto creato nell’esercizio dell’attività d’impresa⁶⁰. Vi sono vari livelli da analizzare. Il primo riguarda il *valore della produzione*. Da questo si detraggono i costi diretti, cioè le spese sostenute per gli acquisti di materie e il costo del personale. Se già qui il risultato è negativo bisogna intervenire sui fattori produttivi *lavoro* e *materie*. Potrebbero esserci scarsi ricavi di vendita rispetto al costo dei fattori produttivi; in tale caso occorre ristrutturare l’impianto produttivo, ad esempio con una riduzione del personale. Il risultato negativo potrebbe invece derivare dalla scarsa competitività del rapporto lavoro/materie; in questo caso si può incidere sui fattori produttivi attraverso un miglioramento tecnologico del processo produttivo. Un secondo livello riguarda *l’equilibrio finanziario*. Il problema potrebbe risiedere nella mancanza di sincronia tra i flussi delle entrate, derivanti dalla gestione corrente, da apporti di capitali esterni e da accensione di nuovi finanziamenti e quelli delle uscite, derivanti dalla gestione corrente, dal rimborso dei debiti, dall’effettuazione di investimenti; la soluzione sta nel ripristinare al più presto la sincronia tra dette entrate ed uscite. Un altro nodo problematico potrebbe essere *l’equilibrio patrimoniale*, nel senso che non vi è un’armonica composizione tra fonti di finanziamento e investimenti e – all’interno delle fonti di finanziamento – tra capitale investito dall’imprenditore e quello dei terzi (ad es. le banche). Il problema potrebbe risiedere nell’insufficienza del primo rispetto al secondo nell’alimentazione del processo produttivo e nel finanziamento del ciclo temporale del capitale

⁵⁹ Cfr. C. BIANCO, *op. ult. cit.*, ivi a p. 3; G. SAVIOLI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 9; per un ulteriore approfondimento si veda: R. FERRARIS FRANCESCHI, *Il percorso scientifico dell’economia aziendale. Saggi di analisi storica e dottrinale*, Torino, Giappichelli, 1994; A. AMADUZZI, *L’azienda nel suo sistema e nell’ordine delle sue rilevazioni*, Torino, Utet, 1963.

⁶⁰ Sempre C. BIANCO.

circolante netto ⁶¹. In altri termini gli investimenti fissi devono essere finanziati da fonti con analoghi tempi di rimborso e l'azienda deve essere dotata di un adeguato ammontare di capitale proprio rispetto agli investimenti effettuati. Per ripristinare l'equilibrio venuto meno o l'imprenditore immette ulteriori capitali propri nell'impresa oppure si dovrà sostituire l'imprenditore (*turnaround*). I risultati negativi però potrebbero riscontrarsi in un'ulteriore fase, che riguarda le *componenti straordinarie* e quindi esterne all'impresa. Ad esempio le perdite potrebbero essere dovute dal mancato incasso di crediti dalla P.A. o anche da altre imprese o dai clienti. In questo caso il problema è più complesso visto che potrebbe ben essere il risultato di una crisi ampia, nazionale, che riguarda un numero notevole di imprese, le quali non riuscendo a pagarne il proprio debito verso altre imprese ne generano la crisi o l'insolvenza (c.d. effetto domino). Questo pare proprio il caso di molte imprese italiane oggi e non è di non facile soluzione. Infatti bisognerebbe penetrare in altri mercati stranieri dove non vi è crisi, cosa che, a causa della scarsa competitività delle nostre imprese, spesso non è possibile ⁶². Una volta analizzato il conto economico secondo lo schema scalare, individuati i nodi problematici e trovate le soluzioni, bisogna redigere un piano industriale (*business plan*).

Il piano industriale è un documento di carattere descrittivo che evidenzia: 1) le intenzioni strategiche del management; 2) le azioni che lo stesso intende intraprendere per perseguirle; 3) le risorse necessarie allo scopo e le fonti dai cui vanno tratte tali risorse; 4) i *key value drivers* fondamentali, ossia ricavi, costi fissi, costi variabili ecc.; 5) i risultati attesi in termini di conto economico, stato patrimoniale e flussi finanziari ⁶³. Nel concordato preventivo il piano ha innanzitutto *funzione informativa*, cioè rendere edotti del per-

⁶¹ Per approfondire cfr. C. BIANCO, *op. ult. cit.*, ivi a p. 4; G. SAVIOLI, *op. cit.*, ivi a p. 10.

⁶² Cfr. C. BIANCO, *op. ult. cit.*, ivi a p. 5.

⁶³ Cfr. Borsa Italiana, *Guida al piano industriale*, in www.borsaitaliana.it; G. SAVIOLI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 8.

corso e dei sacrifici necessari per il superamento della crisi i soggetti coinvolti. In particolar modo ne sono destinatari i creditori che dovranno votare, il professionista attestatore e il commissario giudiziale che dovranno giudicarne la fattibilità (o infattibilità), infine il tribunale che dovrà ammettere il concordato ed omologarlo, ma anche autorizzare o meno alcune operazioni nella fase precedente ⁶⁴. Il piano ha anche *funzione di pianificazione e controllo*, dando la possibilità di effettuare verifiche periodiche allo scopo di testare la serietà della proposta rispetto ai singoli obiettivi stabiliti e di consentire interventi tempestivi in caso di mancato rispetto degli stessi ovvero di perdite di capitale non previste ed eccessive ⁶⁵. Sia quando si valutano le cause della crisi e le possibili soluzioni per decidere sulla convenienza o meno della soluzione di continuità aziendale, sia quando, una volta deciso per la stessa, si redigerà il piano industriale, bisogna tenere presente che se lo scopo è la prosecuzione dell'attività d'impresa questa deve necessariamente passare per la soddisfazione dei creditori. A ben vedere anche l'attestazione del professionista di cui all'art. 186 bis, comma 2, lett. b), l. fall. verterà proprio su questo, cioè sull'idoneità della continuazione dell'impresa al miglior soddisfacimento creditorio.

Il professionista attestatore, quando dovrà valutare la fattibilità del piano industriale, partirà necessariamente dalla verifica della veridicità dei dati aziendali rispettando una serie di criteri contabili nel senso detto *supra* ⁶⁶, per poi ripercorrere quella ricerca delle cause di crisi e della loro possibilità di soluzione che ha già effettuato chi ha predisposto il piano; quindi ve-

⁶⁴ Ancor più oggi, alla luce di quanto detto *supra*, circa la pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite sul giudizio di fattibilità; in particolare quel riferimento alla verifica della causa concreta del concordato e alla rispondenza del piano a quanto delineato nella proposta. Un giudizio di questo tipo dovrà essere effettuato non solo nelle tre fasi (ammissione, omologazione ed eventuale revoca), ma anche nella fase interinale, qualora il proponente richieda autorizzazioni particolari per cui si necessita di un piano analitico (scioglimento dei contratti pendenti, pagamento dei crediti anteriori, erogazione di nuova finanza).

⁶⁵ Cfr. G. SAVIOLI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 8-9.

⁶⁶ Cfr. *Supra*, Capitolo III, paragrafo 3.

rificherà l'idoneità del piano al raggiungimento di un equilibrio economico (cioè a livello di valore della produzione tale da coprire i costi dei fattori produttivi), finanziario e patrimoniale. Occorre che il piano dimostri la sua attitudine a produrre risorse finanziarie in eccesso rispetto a quelle necessarie all'autosostentamento, che devono essere destinate al rimborso dell'indebitamento contratto ⁶⁷. La verifica di astratta idoneità del piano a permettere il recupero dei fondamentali equilibri aziendali non esaurisce il lavoro dell'attestatore; vi sono altri tre livelli di controllo.

Il primo è *la verifica di coerenza esterna* ⁶⁸. Riguarda la compatibilità degli assunti fondamentali su cui poggia il piano rispetto alle condizioni in cui l'impresa si trova ad operare. Rispetto all'ambiente in cui si trova ad operare, andranno verificati: 1) l'andamento delle variabili macroeconomiche quali ad esempio il costo del lavoro e delle materie prime, l'andamento dell'inflazione, il tasso di crescita dell'economia; 2) l'andamento delle dinamiche di settore quali ad esempio l'andamento della domanda e dell'offerta, l'atteggiamento dei *competitors*, le tendenze dei consumatori; 3) il contesto tecnologico esistente e le possibili innovazioni; 4) il contesto normativo esistente e le prevedibili modifiche che potranno esservi apportate. Rispetto alle condizioni interne aziendali l'indagine del professionista verterà su: 1) le intenzioni strategiche del management, avuto riguardo ai punti di forza e di debolezza dell'impresa; 2) l'esame dei bilanci degli anni passati; 3) l'analisi dei costi fissi e di quelli variabili; 3) l'analisi dei rendiconti finanziari, per comprendere le fonti dalle quali l'impresa ha tratto risorse e come sono state gestite tali risorse finanziarie.

Il secondo è *la verifica di coerenza interna*. E' un controllo tutto interno al piano e ai suoi elementi; riguarda la coerenza tra gli stessi, in particolare

⁶⁷ Sempre G. SAVIOLI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 11.

⁶⁸ Cfr. Borsa Italiana, *cit.*, ivi a p. 13.

tra le intenzioni strategiche del management e le azioni che intende in concreto porre in essere ⁶⁹.

Il terzo è *la verifica di coerenza formale*. Oltre ad essere sostanzialmente coerente il piano deve essere anche formalmente coerente nel senso che tutte le sue varie parti devono essere esposte nella sede opportuna ⁷⁰.

Dopo aver verificato la veridicità dei dati aziendali, gli elementi che causano la crisi, l'astratta idoneità del piano a superarli e a soddisfare i creditori maggiormente rispetto alla mera liquidazione, la coerenza sostanziale con gli elementi esterni ambientali ed interni all'azienda e la coerenza formale dello stesso piano, solo allora il professionista si potrà compiutamente esprimere sulla fattibilità di un *business plan*, indicando nella relazioni i rilievi effettuati negli ambiti suesposti.

9. La disciplina dei rapporti giuridici pendenti e il nuovo 169 bis

Gli argomenti che saranno ora trattati sono certamente attinenti al concordato con continuità ma non lo riguardano esclusivamente, risultando invece applicabili al concordato preventivo in generale (quindi anche meramente nella sua tipologia meramente liquidatoria). La scelta di affrontare il 169 bis, l. fall. nell'ultima parte del presente lavoro accanto al 186 bis, comma 3 è dovuta in parte alla volontà del legislatore del 2012 di non dedicare un articolo interamente alla disciplina dei rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo, ma anzi di offrire degli strumenti (sempre in un pieno *favor* per l'impresa) che permettano al debitore di "sganciarsi" dai contratti particolarmente gravosi (è il caso del 169 bis appunto) e allo stesso tempo di

⁶⁹ Ad esempio l'intenzione di lanciare sul mercato un prodotto di largo consumo non prevedendo però un piano adeguato per pubblicizzare lo stesso è indice di incoerenza tra gli obiettivi posti e le azioni che si intendono intraprendere per raggiungerli.

⁷⁰ Ad esempio se si intendono effettuare nuovi investimenti, questi si riflettono nel conto economico su maggiori ammortamenti; ovvero l'accensione di nuovi finanziamenti si deve riflettere nel conto economico in maggiori interessi passivi e nel rendiconto finanziario devono risultare le uscite programmate per i rimborsi degli stessi.

conservare tutti gli altri rapporti che rappresentano per l'impresa un'occasione di rimanere sul mercato (186 bis, comma 3). Quindi la riforma 2012 non ha dato una definitiva soluzione al problema della sorte dei rapporti in corso di esecuzione al momento della presentazione della domanda di concordato preventivo, ma a ben vedere una chiave di lettura per tale questione è stata pur sempre prospettata. Chi scrive cercherà ora di evidenziare gli *input* che la riforma ci ha fornito, anche sviscerandone i problemi ulteriori che ne scaturiscono in riferimento soprattutto al concordato con riserva e al ruolo del tribunale (o del giudice delegato) nel concedere o negare l'autorizzazione di cui al 169 bis. Altre questioni che verranno alla luce durante la trattazione riguardano la applicazione anche concordataria dell'art. 45 l. fall., così come richiamato dall'art. 169, la sorte di alcuni contratti bancari e infine i dubbi che crea il riferimento all'«indennizzo conseguente al risarcimento del danno» da pagarsi come credito concorsuale. Quest'ultimo punto è a sua volta attiguo al tema sulla possibile violazione della *par condicio creditorum* e finanche incostituzionalità della disposizione che permette il pagamento dei crediti anteriori ai fornitori essenziali (di cui al 182 quinquies, comma 4), altro motivo per affrontare in questa sede questi due istituti, tra i più interessanti e al tempo stesso discussi della riforma 2012.

10. Nozione di contratti pendenti e sua disciplina *ante* riforma 2012

La nozione di «contratti pendenti» o di «contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso» si riferisce a contratti a prestazioni corrispettive non ancora eseguiti, o non interamente eseguiti, da entrambe le parti (quindi pendenti) alla data della presentazione del ricorso di concordato preventivo (quindi preesistenti perché il momento genetico delle recipro-

che obbligazioni è anteriore all'apertura della procedura)⁷¹. Sono quindi esclusi dal concetto in parola quei rapporti già interamente eseguiti da una delle parti prima della presentazione della domanda di concordato; infatti se è il contraente concordatario che ha già adempiuto avrà semplicemente un diritto di credito che il contraente *in bonis* dovrà soddisfare per l'intero⁷², se ha già adempiuto quest'ultimo avrà invece un credito concorsuale. Nemmeno i rapporti già risolti⁷³ prima della presentazione della domanda concordataria (più precisamente dell'iscrizione della stessa nel registro delle imprese) sono ricompresi nella nozione di contratti "pendenti", sempreché vi sia stata trascrizione della relativa domanda di risoluzione.

Riguardo la sorte di questi rapporti in corso di esecuzione, prima della riforma 2012 la tesi prevalente era per l'inapplicabilità dell'art. 72 l. fall. In pratica vi era una netta distinzione tra fallimento e concordato preventivo⁷⁴. Nel primo l'articolo appena citato prevede che a seguito della senten-

⁷¹ Cfr. P.F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, 11.03.2013, p. 2; A. PATTI, *rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Il Fallimentarista*, 2013, 3, p. 261.

⁷² Per farlo valere, avverso il contraente *in bonis*, potrà servirsi dei mezzi ordinari.

⁷³ Sia che vi sia stata risoluzione consensuale, o una clausola risolutiva espressa, o una domanda giudiziale o una diffida ad adempiere.

⁷⁴ Cfr. Cass., 1 marzo 2002, n. 3022, in *Il Fallimento*, 2002, p. 734; Cass., 30 gennaio 1997, n. 968, *ivi*, 1997, p. 995; Cass., 29 settembre 1993, n. 9758, *ivi*, 1994, p. 257; In dottrina cfr. A. PATTI, *La disciplina dei rapporti giuridici preesistenti nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2010, p. 261; G. B. NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 138; NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, Zanichelli, 2009, p. 362; FIMMANÒ, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, in *Contratti in esecuzione e fallimento*, a cura di Di Marzio, Milano, 2007, p. 385; FILOCAMO, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* a cura di Ferro, Padova, 2011, sub art. 167, p. 1906 ss.; CASSANDRO, *Gli effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da Apice, III, Torino, Utet, 2011, p. 244 ss.; M. FABIANI, *La sorte del contratto preliminare di compravendita nel concordato preventivo alla luce della Riforma*, in *Fallimento*, 2011, p. 765 ss.; BONFANTE, *Il nuovo concordato preventivo e il contratto di locazione finanziaria*, in *Nuovo dir. soc.*, 2011, n. 2, p. 9 ss.; GAETA, *Effetti del concordato preventivo*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e L. Panzani, III, Torino, 2009, p. 1658 s.; M. VITIELLO, *Gli effetti del concordato preventivo, dell'esercizio provvisorio e dell'affitto dell'azienda del fallito sui rapporti giuridici pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti* a cura di Sanzo, Bologna, Zanichelli, 2009, p. 374; DI MAJO, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, Milano, 2008, sub art. 167, 1511; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, p. 566 ss.; TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 554 ss.; FIMMANÒ, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*

za dichiarativa di fallimento si sospendano detti contratti in attesa della decisione del curatore di subentrare nel rapporto ovvero di sciogliersi dallo stesso. Il concordato preventivo era invece considerato neutrale rispetto ai contratti pendenti, nel senso che potevano proseguire naturalmente e che trovavano applicazione le norme del diritto comune. Una previsione esplicita di prosecuzione dei rapporti si rinveniva solo nel caso di esercizio provvisorio (ex art. 104, comma 7, l. fall.) e di amministrazione straordinaria (ex art. 50, comma 2, D.Lgs. n. 270/1999) per cui vi era anche chi auspicava la continuazione dei rapporti pendenti nel caso di concordato con continuità e l'applicazione di una regola analoga a quella dettata dall'art. 72 nel caso di concordato liquidatorio ⁷⁵. I maggiori argomenti a sostegno della tesi prevalente dell'inapplicabilità *tout court* al concordato preventivo delle regole dettate per il fallimento erano sostanzialmente due: 1) la mancanza nell'articolo 169 l. fall. del richiamo all'art. 72; 2) la diversità strutturale dei due istituti, quello fallimentare e quello concordatario, dove nel primo vi è un palese spossessamento del debitore, invece nel secondo l'art. 167, l. fall. sancisce la conservazione da parte dello stesso dell'ordinaria amministrazione dei propri beni. L'argomento del mancato richiamo *sub* 1 può anche essere condiviso, potendo ben significare che la volontà del legislatore fosse quella di affidare all'applicazione delle norme di diritto comune, in particolare sulla tutela dell'adempimento nei contratti a prestazioni corrispettive, anche la tutela del contraente *in bonis* nel concordato preventivo. L'argomento *sub* 2 non

ne, in *Fallimento*, 2006, p. 1050 ss.; P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, a cura di Bonfatti, Censoni, Padova, 2006, p. 217 ss.; Id., in *Il nuovo diritto fallimentare* diretto da Jorio e Fabiani, II, Bologna, 2007, *sub* art. 168, p. 2422 ss.; CAFFI, *Il concordato preventivo*, in *Il diritto fallimentare riformato* a cura di Schiano Di Pepe, Padova, 2007, p. 634 s.; DIMUNDO, A. PATTI, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, p. 1999; STESURI, *Rapporti tra contratti bancari e concordato preventivo*, Padova, p. 2004; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 1997, p. 455 ss.; RAGO, *Il concordato preventivo dalla domanda all'omologazione*, Padova, 1998, p. 251 ss.; A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973.

⁷⁵ Così A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo*, 2013, cit., ivi a p. 262.

tiene conto del richiamo dell'art. 45, l. fall. da parte dell'art. 169, che sta a significare che le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo l'iscrizione della domanda nel registro delle imprese sono senza effetto (cioè inopponibili) rispetto ai creditori concorsuali. La valenza di questo articolo 45 nel fallimento è quella di estendere anche alla materia fallimentare le disposizioni dettate dal codice civile in tema di pignoramento (artt. 2914 ss.) per cui i creditori concorsuali possono beneficiare di una tutela simile a quella prevista per il creditore pignorante nell'esecuzione individuale. Ecco che se trasportiamo in campo concordatario questo concetto possiamo comprendere come anche in questo procedimento – nonostante il mantenimento della gestione dell'impresa in capo al debitore secondo il criterio del *debtor in possession* – vi sia un *vincolo di destinazione* del suo patrimonio al soddisfacimento dei creditori concorsuali ⁷⁶. Peraltro siccome l'art. 45 l. fall. fissa un principio generale, valevole anche per i rapporti pendenti, qualora l'atto dal quale il rapporto ha avuto origine sia in opponibile ai creditori concorsuali non si porrà nemmeno il problema della continuazione o della sospensione (o scioglimento) degli stessi, perché il debitore concordatario ben potrà eccepire questa inopponibilità sia nel caso in cui il contraente *in bonis* voglia far vale la prosecuzione, sia quando voglia far valere la risoluzione senza aver compiuto le formalità all'uopo richieste. La *ratio* di questa disciplina è sicuramente conferire maggior tutela ai creditori concorsuali, rendendogli inopponibili gli atti per i quali non sono state adempiute tem-

⁷⁶ Cfr. Cass., 29 novembre 2005, n. 26036, in *Foro it.*, Rep. 2005, n. 53; Cass., 2 ottobre 2008, n. 24476, *id.*, Rep. 2008, voce cit., n. 97. In dottrina cfr. P. F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento* cit., ivi a p. 8; M. FABIANI, *Per una lettura costruttiva* cit., ivi a p. 2-3; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, Utet, 2012, p. 338; C. CAVALLINI, *sub art. 45*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, I, Milano, 2010, p. 925; NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 360; A. PATTI, *La disciplina dei rapporti giuridici preesistenti nel nuovo concordato preventivo*, cit., p. 269; SALVATORE, *sub art. 169*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Torino, Utet, 2010, p. 2140; RACUGNO, *Il concordato preventivo. Profili di diritto sostanziale*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore, Bassi, I, Padova, Cedam, 2010, p. 514; P. F. CENSONI, *sub art. 167*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, II, Bologna, Zanichelli, 2007, p. 2406.

pestivamente le necessarie formalità a discapito però del contraente *in bonis*. Invero il fatto che sia proprio il debitore a farsi portatore dell'interesse della massa creditoria e a poter ⁷⁷ far valere la detta inopponibilità è alquanto singolare, tuttavia occorre una presa d'atto sull'ormai palese applicabilità dell'art. 45 anche alla materia concordataria.

11. La disciplina *post* riforma del D.L. Sviluppo 2012

Il legislatore si è trovato anche stavolta a dover contemperare diversi, opposti, interessi: 1) l'interesse del debitore-impresa a poter realizzare il piano senza il vincolo dei contratti pendenti; 2) l'interesse dei creditori concorsuali a non subire i costi derivanti dalla prosecuzione di contratti particolarmente gravosi; 3) quello del contraente *in bonis* ad una regolare prosecuzione del rapporto pendente ⁷⁸. Il primo dei due articoli in cui si è espresso il legislatore è l'art. 169 bis l. fall. ⁷⁹, il quale riguarda non solo il concordato con continuità aziendale, ma anche i concordati meramente liquidatori. Invero proprio da questo articolo si può ricavare la regola generale della prosecuzione dei rapporti pendenti all'apertura della procedura di concordato preventivo; pertanto la tesi già prevalentemente in voga prima della riforma sarebbe stata qui codificata e la disposizione di cui all'art. 169 bis, comma 1 l. fall. si porrebbe come un'eccezione a detta regola generale della prosecuzione. Più esplicita è l'altra norma, quella di cui al comma 3 dell'art. 186 bis

⁷⁷ "Potere" e non "dovere", perché chi scrive aderisce alla tesi secondo la quale, conformemente a quanto avviene in sede fallimentare, il debitore sia libero di far valere o meno l'articolo 45 l. fall., sempre però nell'interesse della massa dei creditori concorsuali; così P. F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento* cit., p. 11; *contra* M. FABIANI, *Per una lettura costruttiva* cit., p. 7.

⁷⁸ Cfr. M. FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 3; A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato*, ivi a p. 264.

⁷⁹ Secondo il quale, al comma 1: «il debitore nel ricorso di cui all'articolo 161 può chiedere che il Tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta».

l. fall., secondo la quale «i contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso, anche se stipulati con le pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura»; questa norma è però riferita esclusivamente al concordato con continuità.

Ad avviso di chi scrive si è persa l'occasione di chiarire un problema già aperto da tempo, non enunciando una disciplina completa e definitiva, ma delineando da una parte una norma che tramite il riferimento all'autorizzazione del tribunale (o del giudice delegato) necessaria ogniqualvolta si voglia ottenere la sospensione o lo scioglimento ci lascia intendere che la regola generale sia la prosecuzione, dall'altra, una norma che sancisce espressamente la regola della continuazione dei rapporti pendenti, ma solo limitatamente al concordato con continuità ⁸⁰. In particolare ci si chiede tuttora cosa accada nel caso di sospensione autorizzata del rapporto alla fine dei 60 giorni (eventualmente prorogabili); non risulta infatti applicabile l'art. 72 l. fall. che dispone per il fallimento che sia il curatore (nel concordato il debitore) a dover scegliere tra subentro o scioglimento. Dopo la aver ottenuto la sospensione il debitore potrà fare istanza per ottenere anche lo scioglimento o i due istituti non sono cumulabili? Si ritiene pressoché unanimemente che tale cumulo sia possibile, anzi vi è chi lo auspica, come vedremo a breve affrontando il problema della istanza di 169 bis nel caso di pre-concordato ⁸¹.

⁸⁰ Così A. PATTI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 265; *contra* G.B. NARDECCHIA, *Art. 169 bis Contratti in corso di esecuzione*, in *Codice commentato* a cura di G. Lo Cascio, II, Milano, Giuffrè, 2013, p. 2000.

⁸¹ Infatti il Tribunale di Milano, Linee guida del *Plenum*, 18 ottobre 2012 cit. auspica proprio che nel caso di urgente bisogno di sgravarsi da contratti particolarmente pesanti, che ad esempio rischiano di impedire una fruttifera continuazione d'impresa, piuttosto che chiederne lo scioglimento già con una domanda di concordato con riserva di cui all'art. 161, comma 6, l. fall. – cosa a ben vedere non potrebbe essere fatta se non si presenta contestualmente un piano e una proposta completi – meglio sarebbe chiedere intanto la sospensione di detti contratti pendenti, motivando l'istanza e allegando indicazione sommaria di piano e proposta, per poi, eventualmente, fare istanza di scioglimento in un secondo momento (quando piano e proposta saranno completi); così ovviamente anche F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla*

12. L'istanza di scioglimento o sospensione di cui al 169 bis e la domanda di pre-concordato

L'interesse tra quei tre che abbiamo citato che sembra prevalere in queste norme è ancora una volta quello dell'impresa; ma a ben vedere anche quello dei creditori concorsuali. Consentire al debitore di "sganciarsi" da contratti particolarmente gravosi per la continuità aziendale, magari talmente gravosi da necessitare di un repentino intervento, affinché non ne risulti compromessa addirittura la stessa possibilità di presentare il piano e la proposta, e (specularmente) evitare lo scioglimento dei contratti pendenti particolarmente utili alla prosecuzione dell'attività d'impresa, sono interventi perfettamente coerenti con tutte le modifiche e le novità apportate dal d.l. 83/2012 a favore dell'impresa. Tuttavia bisogna capire fino a che punto il legislatore intenda sacrificare gli interessi contrapposti alla stessa a danno degli altri. Qui più che altro del contraente *in bonis*, che tra l'altro verrà rimborsato con un indennizzo da pagarsi in moneta concorsuale, ma anche dei creditori concorsuali visto che, per quanto possa a loro giovare lo scioglimento di detti contratti gravosi, la facoltà di chiederlo è rimessa esclusivamente al debitore e quindi dipenderà dalla valutazione fatta dallo stesso probabilmente nel suo personale interesse ⁸². Siccome quella dello scioglimento (o della sospensione) pare, a questo punto con più forza nel passato, l'eccezione – mentre la prosecuzione ne rappresenta invece la regola – la valutazione che il tribunale è chiamato a svolgere appare fondamentale. Si pensi soprattutto all'irreversibilità della scelta di risolvere (o meno) questi rapporti pendenti: un'erronea valutazione nel seno del rigetto dell'istanza può finanche determinare l'inammissibilità della domanda principale, o la futura impossibilità di proseguire nell'attività d'impresa, o creare un nocu-

luce delle speciali autorizzazioni del tribunale, in *il fallimentarista*, 26.11. 2012, p. 9; favorevole al cumulo tra sospensione e scioglimento anche M. FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 9; P.F. CENSONI, *op. ult. cit.*, p. 18.

⁸² Tra l'altro per questo istituto non è prevista alcuna attestazione sul fatto che lo scioglimento avvenga nell'interesse dei creditori.

mento al soddisfacimento delle ragioni dei creditori concorsuali. Viceversa un'erronea decisione di accoglimento dell'istanza di scioglimento potrebbe creare un pregiudizio non indifferente ai contraenti *in bonis*, che potrebbero essere loro stessi imprese, magari (visti i tempi) a rischio di riversare in una situazione di crisi; infatti non solo si vedranno caducare un rapporto senza poter fare più di tanto, ma addirittura verranno rimborsati con un indennizzo pagato come un credito concorsuale. E' proprio per l'importanza di queste decisioni che si pone il problema se sia ammissibile l'istanza di 169 bis anche con una semplice domanda di pre-concordato, senza presentare né piano, né proposta, né ulteriore documentazione e forse senza avere nemmeno chiaro quale strumento si intende utilizzare; sia a livello di concordato liquidatorio-concordato con continuità, sia a livello di scelta tra lo strumento concordatario e il 182 bis, sfruttando la passerella verso quest'ultimo oggi concessa dall'ordinamento ⁸³. Le risposte di dottrina e giurisprudenza non sono certo univoche. Possiamo raggrupparle in tre tesi principali.

Secondo un primo orientamento (più elastico nel concedere lo scioglimento) si può fare istanza di sospensione ovvero di scioglimento anche tramite deposito di una domanda di concordato preventivo con riserva. Tuttavia non sarà una domanda meramente "in bianco", ma conterrà almeno le motivazioni per cui il tribunale dovrebbe autorizzare quanto richiesto. Questa tesi si rifà principalmente al richiamo che l'art. 169 fa all'art. 161, l. fall., usando peraltro il termine generico «ricorso» e lasciando intendere che il richiamo sia esteso tutte le ipotesi di ricorso ivi contenute, quindi anche alla domanda c.d. di pre-concordato ⁸⁴.

⁸³ Su questo punto, anche rispetto all'art. 169 bis, *supra*, cap. II, paragrafo 7.

⁸⁴ Cfr. Trib. Biella, 13 novembre 2012, in *www.ilcaso.it*, n. 8359; Trib. Salerno, 25 ottobre 2012, *ivi*, n. 8499.

Un secondo orientamento ⁸⁵, opposto a quello appena esposto, pur ammettendo in astratto l'istanza di 169 bis tramite lo strumento del pre-concordato, esclude categoricamente che in pratica sia possibile una qualunque valutazione in ordine all'accoglimento o al rigetto dell'istanza in parola senza che il tribunale abbia davanti il piano e la proposta definitivi. Una prima motivazione sta nel fatto che se è vera l'astratta compatibilità con il pre-concordato per il richiamo *tout court* all'art. 161, è anche vero che il legislatore quando aveva in mente di concedere al proponente la possibilità usufruire del pre-concordato lo ha esplicitato eccome: così è ad esempio nel caso della autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili di cui all'art. 182 quinquies, comma 1 ovvero della autorizzazione al pagamento dei crediti anteriori di cui al comma 4 dello stesso 182 quinquies. Quindi verrebbe da dire *ubi lex voluit, dixit*. Inoltre negli esempi appena citati di istituti neointrodotti e fruibili anche tramite pre-concordato è previsto l'obbligo di una particolare attestazione da parte del professionista indipendente, di cui ampiamente *infra* ⁸⁶, invece in questo caso non c'è alcun riferimento all'attestazione; tra l'altro gli effetti che possono scaturire dai provvedimenti richiesti sono non meno gravi ed irreversibili di quelli delineati negli altri casi in parola. Per non parlare poi del fatto che con il pre-concordato ben si potrà entro il termine all'uopo fissato presentare una domanda di omologa di un a.d.r. anziché la proposta definitiva di concordato e che nel 182 bis l. fall. non è prevista una norma analoga al 169 bis. Non ultimo argomento a sostegno di questa tesi "più rigida" è che la nuovissima sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 1521/2013 ⁸⁷ ha sancito che il controllo sulla c.d. fattibilità giuridica deve essere accompagnato da un giudizio del tribunale sull'idoneità del piano a realizzare la causa concreta del

⁸⁵ Cfr. Trib. Milano, *Plenum* 18 ottobre 2012 cit.; Trib. Pistoia, 30 ottobre 2012, in *Il Fallimento*, 2013, I, p. 74; F. LAMANNA, *op. ult. cit.*, ivi a p. 7-10; C. CAVALLINI, *Concordato preventivo «in continuità»* cit., ivi a p. 2.

⁸⁶ Cfr. in particolare Cap. III.

⁸⁷ Di cui ampiamente *infra*, paragrafi 2 e 15.

concordato così come delineata nella proposta debitoria; giudizio che è il medesimo non solo nelle tre fasi ammissione, (eventuale) revoca, omologazione, ma anche nel caso della fase interinale a seguito del deposito della domanda di pre-concordato qualora vengano richieste particolari autorizzazioni. Per cui in quest'ultimo caso se il debitore intenderà chiedere lo scioglimento di cui al 169 bis l. fall. dovrà presentare il piano e la proposta definitivi, corredati dalla necessaria attestazione e dagli ulteriori documenti, pena l'inammissibilità ⁸⁸, altrimenti il tribunale non sarebbe in grado di compiere una simile valutazione. Inoltre lo scioglimento dei contratti costituisce – almeno nel concordato con continuità per cui l'istituto in parola sembra appositamente (anche se non esclusivamente) pensato – parte integrante del piano, che deve essere valutato nella sua interezza prima dal professionista attestatore e poi dal tribunale. Altra cosa è però l'istanza volta ad ottenere la sospensione per il fatto che non vi sarebbe un'irreversibilità di effetti paragonabile a quella derivante dallo scioglimento. Perciò, sempre secondo i sostenitori della tesi restrittiva, semmai sarà possibile nei casi di estrema urgenza chiedere intanto la sospensione presentando le linee guida del piano e della proposta.

Secondo un terzo orientamento, per così dire “intermedio”, non si deve distinguere il caso dello scioglimento da quello della sospensione, ma in entrambi è necessaria e sufficiente la presentazione di una domanda con riserva, accompagnata dall'indicazione dei caratteri di massima del concordato preventivo che si intende proporre, con una comparazione sia pure approssimativa degli oneri che conseguirebbero alla prosecuzione del rapporto con quelli che conseguirebbero allo scioglimento anticipato dello stesso ⁸⁹. An-

⁸⁸ Ci si è poi chiesti se all'inammissibilità dell'istanza di cui al 169 bis dovesse conseguire l'inammissibilità della domanda principale, in senso positivo G.B. NARDECCHIA, *op. ult. cit.*, ivi a p. 2005 e C. CAVALLINI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 2.

⁸⁹ Cfr. Trib. Monza, 16 gennaio 2013, *www.ilcaso.it*, I, n. 8351; Trib. Catanzaro, 23 gennaio 2013, in *il Fallimentarista*, 08.03.2013 con nota di C. CAVALLINI; Trib. Busto Arsizio, 11 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*, I, n. 8564; Trib. Modena, 30 novembre 2012, in

che secondo questo orientamento non basterà certo un semplice concordato “in bianco” ma ci vorrà una *disclosure* adeguata alla gravità ed irreversibilità degli effetti che si intendono ottenere. Quest’ultima tesi, ad avviso di chi scrive, ha il grande pregio di contemperare la scelta del legislatore di servirsi anche dello strumento del concordato con riserva – qualora sia necessario per esigenze di “snellezza” e semplicità procedurale – con la particolare cautela necessaria in questi casi in cui si è dinnanzi ad una fase interinale (prima dell’ammissione) dove le decisioni prese sono maggiormente delicate, perché il tribunale si potrebbe trovare a valutare le autorizzazioni senza gli elementi necessari per farlo, il professionista attestatore qui non è nemmeno richiesto e la presenza dei creditori è meramente eventuale. Chi sostiene questo orientamento intermedio per cui basterebbero le linee guida di piano e proposta per fare istanza di 169 bis risolve il problema della valutazione del tribunale costringendo il debitore ad un’adeguata *disclosure*, ma allo stesso tempo non impedisce l’uso della domanda di cui al 161, comma 6, 1. fall. che in casi di particolare urgenza potrebbe risultare molto utile. Quanto poi alla mancata presenza dei creditori in questa fase, gran parte di dottrina e giurisprudenza (qui non solo chi aderisce alla tesi intermedia, ma anche altri che pur aderiscono alle altre due tesi sul pre-concordato) suggerisce che essi siano informati della volontà del proponente di sciogliersi dai rapporti pendenti. Anche il contraente *in bonis* dovrebbe essere informato e avere la possibilità di partecipare ad un contraddittorio sul punto, esprimendo le sue considerazioni e le eventuali ragioni di opposizione ⁹⁰.

www.ilcaso.it, I, n. 8196; Trib. La Spezia, 24 ottobre 2012 e 25 ottobre 2012, entrambi in *Fallimento*, 2013, 76 s. con nota di P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo “con riserva”*; Trib. Mantova, 27 settembre 2012, in *www.ilcaso.it*, I, n. 7874; e Trib. Como, 5 novembre 2012, *ivi*, I, n. 8523. In dottrina P.F. CENSONI, *op. ult. cit.*, *ivi* a p. 15; A. PATTI, *op. ult. cit.*, *ivi* a p. 270; M. FABIANI, *op. ult. cit.*, *ivi* a p. 8.

⁹⁰ Cfr. Trib. Milano, *Plenum* 18 ottobre 2012 cit.; Trib. Monza, 21 gennaio 2013, *inedita*; C. CAVALLINI, *Concordato preventivo cit.*, *ivi* a p. 3; F. LAMANNA, *op. ult. cit.*, *ivi* a p. 8; *Contra* G.B. NARDECCHIA, *Art. 169 bis cit.*, p. 2005.

Dopo aver sottolineato l'importanza della valutazione da parte del giudice sull'autorizzazione di cui al 169 bis e la necessità per lo stesso di disporre almeno delle linee guida del piano e della proposta, nonché di coinvolgere anche i creditori e soprattutto il contraente *in bonis*, rimane da delineare quale sia il procedimento per ottenere dette autorizzazioni, sia con un pre-concordato (nel senso appena esplicato), sia con una domanda definitiva di concordato. Cosa deve contenere l'istanza lo abbiamo già detto, ma occorre qui affrontare primariamente la questione se sia necessaria un'istanza contestuale alla domanda ovvero se essa possa anche pervenire in un momento successivo e se sì fino a quando. La dottrina che finora si è espressa su questo punto è concorde nell'affermare la possibilità anche di un'istanza in un momento successivo, che comunque non può superare l'inizio delle operazioni di voto di cui all'art. 175, comma 2 l. fall. Tale risposta positiva è data in parte dal richiamo dello stesso art. 169 bis al giudice delegato, a cui ben potrà essere diretta l'istanza di autorizzazione, e in parte alla possibilità (lì espressamente concessa dall'art. 175 l. fall.) di modificare la proposta fino al termine di cui al comma 2 dello stesso articolo ⁹¹. Una volta intervenuto il provvedimento di autorizzazione allo scioglimento dei rapporti pendenti esso avrà effetto *ex tunc* dal momento della pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, coerentemente con gli artt. 168 e 184 l. fall. ⁹². Ora bisogna però coordinare questo assunto con quanto appena detto circa la possibilità di un'istanza non contestuale alla domanda. Infatti gli effetti cominceranno a decorrere dalla pubblicazione e normalmente la pubblicazione è prevista solo per la domanda e non anche per l'istanza. Tuttavia la richiesta di un'autorizzazione a sciogliere o a sospende-

⁹¹ Cfr. G.B. NARDECCHIA, *op. ult. cit.*, p. 2002; P.F. CENSONI, *op. ult. cit.*, p. 17; M. FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 8; non auspica che istanza e domanda di concordato siano proposte in due momenti differenti, ma comunque ne sostiene la possibilità A. PATTI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 268-269; non si esprime direttamente sul punto, pur lasciando intendere che sia possibile la proposizione non contestuale di domanda-istanza anche C. CAVALLINI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 2-3.

⁹² Così in particolare G.B. NARDECCHIA, *op. ult. cit.*, p. 2002-2004.

re i contratti in corso comporta una modifica della domanda, per cui andrà anch'essa pubblicata nel registro delle imprese ⁹³.

13. Prosecuzione dei rapporti pendenti e tutele per il contraente in bonis.

Qualora il debitore non intenda chiedere la sospensione o lo scioglimento dei rapporti giuridici pendenti e siano state compiute tutte le formalità di cui all'articolo 45 l. fall., se richieste dalla natura dell'atto, i rapporti avranno regolare prosecuzione. Questo perché non troverà applicazione l'art. 169 bis, che si pone come una deroga al principio generale della continuazione dei rapporti in corso ⁹⁴. Il contraente *in bonis* di questo rapporto "in corso di esecuzione", perché non ancora interamente adempiuto da ambo le parti, avrà quindi un diritto a che il debitore in concordato esegua la prestazione pattuita, diritto che potrà far valere tramite le regole del diritto comune. In particolare servendosi di quegli istituti appositamente pensati per la tutela del contraente nei contratti a prestazioni corrispettive di cui agli artt. 1453 ss. c.c. Tuttavia occorrono alcune precisazioni. Sia nel caso in cui il debitore intenda adempiere spontaneamente, sia nel caso in cui si debbano far valere i rimedi appena citati, in riferimento alle *prestazioni anteriori* alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, bisogna distinguere tra contratti ad esecuzione istantanea e contratti ad esecuzione continuata o periodica; nei primi non vige il principio di scindibilità delle prestazioni anteriori, poiché il tempo non riveste una posizione preponderante e semplicemente vi è un'unica prestazione che risulta frazionata; invece nei contratti c.d. di durata il tempo ha la funzione di individuare le prestazioni, per cui ben si potrà sostenere la scindibilità tra le prestazioni ineseguite anteriori alla pubblicazione

⁹³ Sempre G.B. NARDECCHIA, *ult. op. cit.*, p. 2003.

⁹⁴ Così come espresso dall'art. 186 bis che però si riferisce unicamente al concordato con continuità.

della domanda concordataria, le quali saranno soggette al principio della concorsualità di cui all'art. 168 l. fall., e quelle posteriori che saranno invece prededucibili ⁹⁵. Perciò se il contraente *in bonis* vorrà ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento della controparte in procedura ovvero se vorrà far valere l'eccezione di inadempimento – in entrambi i casi in riferimento ad un'obbligazione anteriore alla pubblicazione del ricorso – potrà ben farlo solo nei contratti ad esecuzione istantanea, mentre nei contratti di durata dovrà necessariamente adempiere, perché il suo credito alla controprestazione sarà considerato concorsuale e quindi soggetto al 168 l. fall., altrimenti sarà il debitore concordatario ad agire per ottenere l'adempimento o la risoluzione ⁹⁶.

La regola per cui il contraente *in bonis* può sciogliersi lui stesso dal rapporto pendente, oltretutto tramite la risoluzione nel senso appena prospettato anche per effetto di *clausole risolutive espresse*, trova una vistosa deroga nel caso del concordato con continuità aziendale per cui l'art. 186 bis, comma 3 l. fall. sancisce l'inefficacia di eventuali patti contrari alla prosecuzione del rapporto, salva comunque la facoltà del debitore di fare istanza di 169 bis l. fall. ⁹⁷. Pertanto nel concordato con continuità è rimessa soltanto

⁹⁵ Infatti l'art. 168 l. fall. sancisce il blocco delle azioni cautelari ed esecutive, come visto *supra*, capitolo II, paragrafo 3, in riferimento ai creditori «per titolo o causa anteriore» alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.

⁹⁶ Cfr. Cass., 22 maggio 1996, n. 4715, in *Il Fallimento*, 1997, p. 30; Cass., 30 gennaio 1997, n. 968, *ivi* a p. 995; Cass., 29 settembre 1993, n. 9758, *ivi*, 1994, p. 257; in riferimento però all'esercizio provvisorio Cass., Sez. Un. 19 marzo 2012, n. 4303, in *Fallimento*, 2012, p. 1222, con nota di PATTI, *Rapporti pendenti ed esercizio provvisorio tra prededuzione e concorsualità, alla ricerca della regola da applicare*; In dottrina G.B. NARDECCHIA, *ult. op. cit.*, p. 1999; A. PATTI, *ult. op. cit.*, *ivi* a p. 266-267; P.F. CENSONI, *op. ult. cit.*, p. 23; M. FABIANI, *op. ult. cit.*, 9-10. ; P.F. CENSONI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti*, in Bonfatti e Censoni, *Manuale di diritto fallimentare* cit., p. 338 s.; *Contra* (quindi per l'inscindibilità delle prestazioni, in questo caso nel contratto di somministrazione) Cass., 23 marzo 1992, n. 3581, in *Fallimento*, 1992, p. 700; in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 3066; in *Arch. civ.*, 1992, p. 1068; e in *Dir. fall.*, 1992, II, p. 917.

⁹⁷ G.B. NARDECCHIA, *op. ult. cit.*, p. 2001-2002; M. FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 10; F. LAMANNA, *Il cd. Decreto Sviluppo* cit., p. 23.

al tribunale o al giudice delegato, su istanza del debitore, la valutazione sullo scioglimento dei contratti pendenti.

Detto questo nei concordati continuità appare fugato ogni dubbio circa l'illegittimità della sospensione dei contratti di finanziamento (in particolare il riferimento è alle c.d. linee autoliquidanti) da parte degli istituti di credito, poiché si tratta di rapporti soggetti alla regola generale della prosecuzione senza bisogno di alcuna autorizzazione del tribunale, trattandosi di atti di ordinaria amministrazione. In questo senso ha deciso il Tribunale di Terni, motivando che «devono ritenersi di ordinaria amministrazione gli atti di comune gestione dell'azienda, strettamente aderenti alle finalità e dimensioni del suo patrimonio e quelli che – ancorché comportanti una spesa elevata – lo migliorino o anche solo lo conservino, mentre ricadono nell'area della straordinaria amministrazione gli atti suscettibili di ridurlo o gravarlo di pesi o vincoli cui non corrispondono acquisizioni di utilità reali su di essi prevalenti» e che operazioni come l'anticipo o sconto fatture o il factoring, con sottostante cessione dei crediti anticipati, già in corso di esecuzione alla data del deposito del ricorso, rientrano in questa nozione di ordinaria amministrazione «non solo per l'uso pregresso che ne hanno fatto le società interessate, ma anche perché si tratta delle operazioni più diffuse nelle prassi commerciali, che consentono lo smobilizzo dei crediti d'impresa in funzione c.d. autoliquidante» ⁹⁸. Gli istituti di credito non potrebbero invocare la disciplina più favorevole di cui agli artt. 182 quater e quinquies l. fall., pretendendo che il finanziamento venga erogato solo dietro la prestazione di garanzie e/o comunque la prededuzione del loro credito alla controprestazione, poiché tali norme sono pensate per quei finanziamenti appositamen-

⁹⁸ Cfr. Trib. Terni 12 ottobre 2012, in *Il Fallimento*, 2013, I, p. 99; Trib. Milano 11 dicembre 2012, inedita; cfr. anche Cass., n. 9262/2000; Cass., n. 45/1979; Cass., n. 1357/1990; In dottrina A. PATTI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 270; V. TAVORMINA, *Contratti bancari e concordato*, in *www.judicium.it.*; M. FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 11; sul contratto di sconto nel concordato preventivo e nel fallimento si veda P. MENTI, *Il contratto di sconto fra passato e presente*, Padova, Imprimatur, 2012; M. FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 11.

te erogati “in funzione”, “in esecuzione” e “in corso” di procedura ⁹⁹; questi ultimi sono considerati atti di straordinaria amministrazione e necessitano di autorizzazione (quelli interinali anche di un’attestazione del professionista) proprio perché non venivano già regolarmente erogati per consentire la normale attività d’impresa, ma anzi vengono concessi ora che la stessa è in un momento di crisi per permetterle di uscirne ovvero di ottenere una maggior soddisfazione dalla liquidazione dei beni aziendali. Per la loro importanza e per i rischi che possono comportare a chi li concede, data la situazione di crisi ormai palese (dato che si sta per depositare o si è già depositata una domanda di concordato preventivo), il legislatore ha previsto particolari incentivi per invogliare alla concessione degli stessi. Invece ben diversa è la disciplina per quei finanziamenti che vengono normalmente erogati nell’esercizio dell’attività d’impresa, anche perché – come giustamente evidenzia il Tribunale di Terni – le linee autoliquidanti sono le forme di finanziamento comunemente usate nella prassi commerciale. Certo è che il credito derivante anche da queste forme di finanziamento, se erogate in occasione della procedura godrà della prededucibilità, ma non per l’applicazione della disciplina speciale degli artt. 182 quater e quinquies, ma per la regola generale di cui all’art. 111 l. fall. rispetto i debiti sorti in occasione di una procedura concorsuale ¹⁰⁰.

14. L’indennizzo al contraente *in bonis* nel caso di sospensione o scioglimento, il comma 2 dell’art. 169 bis l. fall.

Pare qui il caso di accennare che il debitore non potrà fare istanza di autorizzazione allo scioglimento o sospensione in ogni caso, ma lo stesso art. 169, ult. comma, l. fall. esclude questa possibilità: 1) nel caso di rapporti di

⁹⁹ Nel senso detto *supra*, paragrafo 2.

¹⁰⁰ Cfr. Trib. Terni 12 ottobre 2012, cit.; M. FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 10-11; A. PATTI, *op. ult. cit.*, ivi a p. 270-271.

lavoro subordinato; 2) nei contratti preliminari di vendita trascritti che hanno ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire abitazione principale dell'acquirente o dei suoi parenti o affini entro il terzo grado ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività d'impresa ¹⁰¹; 3) nel caso di finanziamenti destinati ad uno specifico affare di cui all'art. 2447 bis, comma 1, lett. b) c.c. ¹⁰²; 4) nel caso di locazione di immobili, se il debitore concordatario è il locatore ¹⁰³. Tuttavia l'analitica trattazione di queste ipotesi di esclusione non è oggetto del presente lavoro, anche perché il legislatore ha semplicemente attuato un richiamo a norme in tema di fallimento senza aggiungere alcunché ¹⁰⁴.

Quando viene concessa l'autorizzazione a sciogliersi dai contratti pendenti il debitore concordatario si libera dei rapporti non essenziali per la continuazione dell'attività, anzi addirittura gravosi per la stessa. Anche i creditori concorsuali ne traggono vantaggio visto che, se i contratti avranno normale prosecuzione, per le prestazioni che saranno eseguite si creeranno dei crediti da pagare in prededuzione perché sorti in occasione della procedura e pertanto verrebbe ulteriormente accresciuto il passivo dell'impresa, riducendo le aspettative dei creditori concorsuali e finanche la realizzabilità del progetto creditorio ¹⁰⁵. La logica sulla quale si è basato l'intervento riformatore del D.L. Sviluppo è stata più volte esposta ¹⁰⁶, basti qui aggiungere che tra gli interessi configgenti che emergono dalla disciplina dei rapporti

¹⁰¹ Cfr. art. 72, comma 8, l. fall.

¹⁰² Cfr. art. 72 ter, l. fall.

¹⁰³ Cfr. art. 80, comma 1, l. fall.

¹⁰⁴ Cfr. anche P.F. CENSONI, *op. ult. cit.*, p. 26-27; G.B. NARDECCHIA, *op. ult. cit.*, p. 2008; A. PATI, *op. ult. cit.*, p. 265, quest'ultimo sottolinea come la *ratio* di suddette esclusioni, a parte il riferimento ai finanziamenti destinati ad uno specifico affare di cui all'art. 72 ter l. fall., si dovrebbe ricondurre più che altro alla tutela del contraente debole (lavoratore, promissario acquirente, conduttore) e appare quindi una scelta distonica rispetto alla volontà del legislatore 2012 di collocare «il baricentro di governo dei rapporti pendenti in capo a debitore».

¹⁰⁵ Cfr. P.F. CENSONI, *op. ult. cit.*, p. 16; G.B. NARDECCHIA, *op. ult. cit.*, p. 2001; G. LO CASCIO, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Il Fallimento*, 2013, 1, p. 17.

¹⁰⁶ Soprattutto nell'Introduzione e nelle Conclusioni.

pendenti all'apertura della procedura di concordato preventivo quello più trascurato è sicuramente il contraente *in bonis*.

L'articolo 169, comma 2, l. fall. riserva allo stesso il «diritto ad un indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento»; questo è considerato espressamente un credito «anteriore al concordato» e quindi esposto alla falcidia concordataria. Innanzitutto ci si è chiesti cosa significhi «indennizzo equivalente al risarcimento». La dottrina che finora si è espressa sul punto tende ad escludere, con qualche voce discorde ¹⁰⁷, che la scelta del debitore di non adempiere all'obbligazione derivante da un contratto pendente (e quindi di sciogliersi dal rapporto) ovvero di adempiere in ritardo (e quindi di sospenderlo) sia in questo caso un inadempimento ai sensi del 1218 c.c. Qui il debitore non compie un illecito contrattuale ma bensì chiede un'autorizzazione al tribunale o al giudice delegato senza la quale non vi sarà alcuno scioglimento o sospensione; ecco che risulta spiegato il riferimento all'indennizzo anziché al risarcimento del danno ¹⁰⁸. Se sono quasi tutti concordi a negare natura di inadempimento al comportamento del debitore, ben diversa è la posizione assunta dagli operatori del settore concorsuale circa la quantificazione del danno e la giustificazione della natura concorsuale del credito all'indennizzo per il contraente *in bonis*.

Vi è chi (G.B. Nardecchia) sostiene che tramite il riferimento al «risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento» il legislatore ha voluto escludere limiti quantitativi e qualitativi all'indennizzo in modo da potervi ricomprendere sia il danno emergente che il lucro cessante, conside-

¹⁰⁷ Cfr. M. VITIELLO, *Le soluzioni concordate* cit., p. 10, secondo il quale laddove vi sia un recesso unilaterale che dipenda dall'autorizzazione del tribunale o del giudice delegato, recesso considerato come atto di straordinaria amministrazione, dovrebbero derivare dall'inadempimento l'esistenza di obblighi risarcitori del debitore, opponibili alla massa dei creditori concorsuali per l'esistenza dell'autorizzazione, obblighi cui corrispondono diritti di credito prededucibili.

¹⁰⁸ Cfr. G.B. NARDECCHIA, *op. ult. cit.*, p. 2006-2007; P.F. CENSONI, *op. ult. cit.*, p. 19-20; M. FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 4-5; C. CAVALLINI, *op. ult. cit.*, p. 3-5.

randolo come un indennizzo integrale; insomma il patrimonio del contraente *in bonis* dovrà essere reintegrato «nella situazione in cui si sarebbe trovato se il mancato adempimento non si fosse verificato» anche «a livello del mancato incremento patrimoniale di cui il creditore avrebbe potuto godere se la prestazione fosse stata eseguita» ¹⁰⁹.

Contrariamente all'Autore citato vi è invece chi (P.F. Censoni) sostiene che l'indennizzo sia un diritto corrispondente a quello che nel fallimento disciplina l'art. 72, comma 4, l. fall. che concede al contraente adempiente solo «il diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento» e che l'equivalenza operata dal 169 bis, comma 2, l. fall. «tra “indennizzo” e “risarcimento” sia giuridicamente priva di senso» ¹¹⁰.

Ancora vi è chi (C. Cavallini) sostiene che, proprio a differenza che nel fallimento, l'indennizzo equivalente al danno conseguente al mancato adempimento potrebbe non comprendere nella determinazione del *quantum* la somma dovuta a titolo di controprestazione ¹¹¹.

Quanto alla natura concorsuale dell'indennizzo la dottrina si spacca sostanzialmente in due. Da una parte chi motiva questo trattamento con il sorgere del credito all'indennizzo di cui al 169 bis, comma 2, l. fall. anteriormente all'apertura della procedura: o affermando che l'indennizzo verrebbe determinato nel suo ammontare dopo il deposito della domanda concordataria, ma sarebbe inerente ad un'obbligazione anteriore «che trova il suo fatto genetico nel venir meno, a seguito dell'autorizzazione del tribunale allo scioglimento, della giustificazione contrattuale dell'attribuzione patrimoniale fin dal momento della sua esecuzione» ¹¹², o (più chiaramente) sostenendo che «il fatto genetico dal quale germina lo scioglimento è la volontà del debitore e questa volontà deve porsi a monte dell'ingresso in proce-

¹⁰⁹ Cfr. G.B. NARDECCHIA, *op. ult. cit.*, p. 2006.

¹¹⁰ Cfr. P.F. CENSONI, *op. ult. cit.*, p. 19-20.

¹¹¹ Cfr. C. CAVALLINI, *op. ult. cit.*, p. 4.

¹¹² Così G.B. NARDECCHIA, *op. ult. cit.* p. 2007.

dura», anche se l'autorizzazione allo stesso è rilasciata dal tribunale (o dal giudice delegato) ¹¹³. Dall'altra parte vi è invece chi rileva nella concorsualità di tale credito all'indennizzo un'evidente disparità di trattamento soprattutto nel concordato con continuità in riferimento al trattamento dei crediti anteriori alla procedura derivanti dalla prestazione di beni o servizi essenziali, i quali potranno essere anticipatamente (e vedremo forse anche integralmente) pagati ai sensi dell'art. 182 quinquies, comma 4, l. fall. ¹¹⁴.

Ecco che un trattamento così diversificato tra i creditori-fornitori-prestatori d'opera-finanziatori considerati essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa, quelli considerati non essenziali e i contraenti addirittura considerati “gravosi” per la stessa porta a chiedersi – anche in riferimento alla disciplina dei finanziamenti prededucibili che avevamo lasciato per l'appunto in sospeso – se tutte queste novità di estremo *favor* per l'impresa non siano in realtà incostituzionali per la violazione degli articoli 3 e 24 della Costituzione o quantomeno siano foriere di un atteggiamento ostativo alla regola della *par condicio creditorum* di cui all'art. 2741 c.c. Tuttavia anche se considerassimo (come arriveremo a fare) costituzionalmente legittime tali norme e se arrivassimo a mettere in discussione l'insindacabilità del principio della *par condicio creditorum*, rimarrebbe comunque il dubbio se queste norme neointrodotte siano o meno *efficienti* nel senso che riescano a contemperare al meglio gli interessi dell'impresa con quelli della massa dei debitori concorsuali. Gli indicatori per dare una risposta a tale quesito, come ci insegna il diritto americano e i tanti dibattiti che sono stati fatti sull'efficienza del Chapter 11 sono: 1) la semplicità procedurale e la brevità temporale per giungere ad un concordato omologato; 2) il buon esito della procedura in termini di soddisfazione creditoria e di recupero dell'attività d'impresa; 3) la tutela dei creditori concorsuali durante tutta la procedura.

¹¹³ Così M. FABIANI, *op. ult. cit.*, p. 4.

¹¹⁴ Così. A. PATTI, *op. ult. cit.*, 267-268.

Prima di prendere posizione su questi temi attinenti agli art. 3, 24 Cost., al principio della *par condicio creditorum* e all'efficienza della procedura concordataria a seguito delle modifiche del legislatore del D.L. Sviluppo, occorre volgere l'attenzione all'ultimo istituto che ci interessa qui da vicino e che è stato tante volte citato nel corso del presente scritto: il pagamento dei crediti anteriori alla procedura.

15. Pagamento dei crediti anteriori alla procedura derivanti da prestazioni di beni e servizi (il nuovo 182 quinquies, comma 4, 1. fall.)

Tra le tante novità della riforma una delle più interessanti e discusse è la disposizione che nel concordato con continuità ex art. 186 bis attribuisce al debitore, dietro apposita autorizzazione del tribunale, la possibilità di pagare i crediti anteriori alla procedura derivanti da prestazioni di beni o servizi ritenuti «essenziali alla prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la miglior soddisfazione dei creditori»¹¹⁵. La qualificazione di essenzialità e funzionalità di queste non è rimessa ad una mera ponderazione del debitore, ma deve essere “attestata” da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), 1. fall.¹¹⁶. Tuttavia l'attestazione «non è necessaria per i pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengono apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori». Questa seconda parte è ritenuta da Alcuni superflua o quantomeno ovvia, poiché si è in presenza di finanza esterna al patrimonio del debitore¹¹⁷ e quindi non vi sarebbe alcun pericolo di derogare alla concorsualità; si tenga però presente quanto detto circa la sentenza

¹¹⁵ Cfr. art. 182 quinquies comma 4, 1. fall.

¹¹⁶ Cfr. *Supra*, cap. III.

¹¹⁷ Così M. VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni* cit., p. 5; F. MARELLI, *Atti ordinari consentiti senza alcuna autorizzazione*, in *Guida al Diritto*, 2012, 14.07.2012, p. 39 ss, ivi a p. 40.

della Cass. Civile, Sez. I, 8 giugno 2012, n. 9373, caso Tecnomil S.p.a., secondo la quale il divieto di alterare l'ordine legale dei privilegi deve essere rispettato ogniqualvolta gli apporti del terzo "transitivo" nel patrimonio del debitore prima di essere ripartiti ai creditori; infatti anche nel caso di donazione da parte del terzo («senza obbligo di restituzione») comunque (come visto *supra*) si avrà un "transito" della nuova finanza nel patrimonio del debitore ¹¹⁸ e pertanto il principio di *par condicio* andrà rispettato. Perciò la norma non è superflua, ma semmai foriera di ulteriori dubbi. Infatti stando alla decisione della Cassazione appena citata anche in questo caso sarebbe più giusto, per una maggior tutela dei concorsuali, pretendere l'attestazione del professionista.

A proposito di concorsualità la disciplina in questione (qui ci si riferisce di nuovo alla prima parte del comma 4) è vista come una forte deroga al principio della *par condicio creditorum* ¹¹⁹ per il fatto che alcuni creditori concorsuali – infatti si tratta di crediti anteriori alla pubblicazione della domanda di concordato, e quindi anteriori all'apertura del procedimento – saranno pagati prima e forse anche integralmente rispetto agli altri per il solo fatto che le prestazioni (di beni e servizi) che questi erogano sono considerate essenziali alla prosecuzione dell'attività d'impresa. Verrebbe da dire che la preminenza degli stessi su di un piano prettamente economico si riversa su un migliore trattamento giuridico quanto a soddisfazione del proprio diritto di credito nonostante questi soggetti non siano muniti di alcuna causa legittima di prelazione, come invece vorrebbe l'art. 2741 c.c. Quest'ultimo articolo sancisce che «i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione» e, nel suo secondo

¹¹⁸ Cfr. *Supra*, paragrafo 6.

¹¹⁹ Cfr. Trib. di Modena, 15 dicembre 2012 (Pre. e rel. V. Zanichelli); M. VITIELLO, *op. ult. cit.*, p. 4; F. MARELLI, *op. ult. cit.*, p. 40; G. BONFANTE, *La nuova disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, 18.09.2012, in *il Fallimentarista*, p. 3, definisce questa norma «un altro colpo al totem della *par condicio creditorum*», tuttavia aggiunge che è un colpo ineludibile se si vuole liberare il concordato da logiche meramente liquidatorie.

comma, identifica quali cause legittime di prelazione i privilegi, il pegno e le ipoteche.

Il primo nodo problematico della questione attiene al significato del termine «pagare» i crediti anteriori. E' chiaro che considerandolo semplicemente come un'anticipazione temporale nel pagamento dei chirografari nel senso che per primi verranno soddisfatti quei creditori i cui crediti derivano da prestazioni di beni e servizi essenziali e poi tutti gli altri ma che in ogni caso anche i primi subiranno la falcidia concordataria, la portata della norma non sarebbe certo un granché innovativa. Invero già prima della riforma era ritenuto ammissibile che il debitore distinguesse il trattamento dei creditori chirografari, tramite l'istituto delle classi, individuando quale criterio di aggregazione di una classe la natura strategica dei creditori in quanto fornitori di beni o servizi essenziali alla prosecuzione dell'attività; per questa classe di creditori "strategici" veniva quindi previsto un trattamento migliore e finanche la soddisfazione integrale; in quest'ultimo caso però a patto di soddisfare integralmente tutti i privilegiati ¹²⁰. Inoltre il debitore poteva farsi autorizzare dal giudice delegato ex 167 l. fall. a pagare anticipatamente alcuni dei creditori concorsuali, in quanto atto di straordinaria amministrazione.

La reale novità dell'istituto che si sta analizzando è che tale trattamento "di favore" può avvenire in una fase ben precedente. Oggi la procedura di concordato preventivo si apre a tutti gli effetti con la pubblicazione della domanda di concordato e non più col decreto di apertura del 163 l. fall., inoltre stando alla lettera dell'art. 182 quinquies, comma 4, l. fall. il pagamento dei crediti anteriori potrà essere richiesto con una semplice domanda di pre-concordato ex art. 161, comma 6, l. fall. Immaginare un così precoce pagamento immediato ed integrale di alcuni creditori, in una fase in cui potrebbero non essere pronti il piano e la proposta, appare non solo una novità degna di nota, ma anche uno strumento alquanto rischioso. Per que-

¹²⁰ Cfr. M. VITIELLO, *op. ult. cit.*, p. 4.

sto motivo il Tribunale di Milano ha risposto negativamente sia alla possibilità di pagare integralmente i creditori strategici utilizzando 182 quinquies, comma 4 sia alla possibilità di ricorrere a detto istituto presentando un pre-concordato ¹²¹.

Quanto alla prima questione il Tribunale lombardo afferma chiaramente che: «l'autorizzazione può riguardare solo il tempo (pagamento anticipato temporalmente rispetto ai riparti), ma non l'importo»; quest'ultimo sarà invece indicato dal debitore nel piano e «potrà essere integrale solo se previsto dalla legge o dal piano/proposta, nel quale caso si tratterà della previsione di una classe di prededucibili, come tale esclusi dal voto». Pertanto l'autorizzazione di cui al 182 quinquies, comma 4 sarebbe limitata alla semplice anticipazione del pagamento rispetto ai riparti, mentre la somma effettiva che questi creditori "essenziali" riceveranno sarà determinata dal piano e dalla proposta debitoria.

E' curioso come invece F. Marelli, grande studioso della normativa americana da cui trae ampio spunto questa novella legislativa, non abbia dubbi nell'affermare l'*integralità* del pagamento dietro attestazione del professionista (prima) e autorizzazione del tribunale (poi) ¹²². L'attenzione del lettore dovrebbe soffermarsi ora sulla c.d. *doctrine of necessity* statunitense di cui *supra* ¹²³. Secondo questo principio il pagamento dei crediti anteriori alla procedura di Chapter 11 ai fornitori essenziali è concesso solo nel caso in cui detto pagamento, che può ben essere integrale ¹²⁴, sia necessario per la

¹²¹ Cfr. Trib. Milano, linee guida, sia del *Plenum* del 25 settembre cit., che quello del 10 ottobre cit.

¹²² Cfr. F. MARELLI, *op. ult. cit.*, p. 40.

¹²³ Cfr. *Supra*, Cap. I, paragrafo 5.3.

¹²⁴ Cfr. *In re Ike Kemper & Bros.*, 4 Bankruptcy 31, Eastern Distr. of Arkansas, 1980. Bisogna tra l'altro precisare che nel Chapter 11 del U.S. Code non vi è una precisa norma che permette detto pagamento, come invece il nostro 182 quinquies, quarto comma; nell'ordinamento d'oltreoceano tale potere del giudice di autorizzare un simile pagamento è ricavato dal generico potere, attribuito alla Corte, di «emettere anche d'ufficio disposizioni, ordinanze, sentenze necessarie o appropriate per dare piena attuazione alle norme del Code, di cui alla Sez. 105, U.S. Code; cfr. anche F. MARELLI, *Aspetti della liqui-*

prosecuzione dell'attività d'impresa ¹²⁵. Anche in questo caso il legislatore del D.L. Sviluppo ha ripreso un istituto derivante dal Chapter 11 statunitense. La *ratio* è la stessa nei due ordinamenti, perché il problema che questi strumenti si propongono di risolvere è il medesimo. Le due procedure (quella di Chapter 11 e il concordato preventivo italiano) mirano entrambe al recupero dell'impresa in crisi (non a caso questa disposizione è riservata al concordato con continuità). Se alcuni fornitori di beni o servizi essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa pretendono il pagamento integrale dei loro crediti pregressi quale condizione per l'adempimento delle loro ulteriori prestazioni, ponendo in essere intanto quelle misure cautelative tipiche delle singole erogazioni – come ad esempio la sigillazione dei contatti delle erogazioni di corrente elettrica, gas acqua – la continuità aziendale risulterebbe stroncata a monte della procedura concordataria ¹²⁶. Questo è vero tanto più se si considera il fatto che questi fornitori sono loro stessi

dazione nella procedura di «riorganizzazione» prevista dal Capitolo 11 del Bankruptcy Code degli Stati Uniti, in Riv. trim. dir. Proc. Civ., 1995, p. 809, ivi a p.832-834.

¹²⁵ Cfr. Miltenberg v. Logansport, C. & S.N. Railway Co., 106 U.S. 286; *in re* Ionsphere Clubs, Inc., 98 Bankr. 174, Southern Distr. of New York, 1989; *in re* Structurlite Plastics Corp., 86 Bankr. 922, Southern Distr. of Ohio, 1988; *in re* Chateaugay Corp., 80 Bankr. 279, Southern Dist. Of New York, 1987.

¹²⁶ In realtà si badi bene che questo sicuramente avverrà nel caso di soggetti che operano in regime di monopolio. In tali casi è obbligo derivante dal concetto di parità di trattamento di cui all'art. 2597 c.c., che impone al monopolista di contrarre con chiunque ne faccia richiesta. Da questo ne discende che, nel caso in cui la controparte non adempia, il monopolista sospenderà l'erogazione della prestazione, senza valere qui alcuna distinzione tra un inadempimento colpevole e una situazione di insolvenza (o crisi). Invece per tutti gli altri soggetti che semmai potrebbero sospendere le loro prestazioni tramite l'applicazione degli artt. 1565 e 1460 c.c., aderendo a quell'orientamento suesposto che impedirebbe sia l'eccezione di inadempimento, sia la risoluzione contrattuale in riferimento alle prestazioni anteriori all'apertura della procedura di concordato nel caso di contratti di durata, non si potrebbe attuare la sospensione e il contraente sarebbe tenuto ad adempiere. In quest'ultimo caso sembrerebbe venir meno la *ratio* del pagamento dei crediti anteriori proprio perché i somministranti saranno costretti ad adempiere e non potranno invocare la sospensione. In realtà un conto è che il loro inadempimento sia illegittimo, un conto è che effettivamente questi soggetti rispettino queste norme e adempiano. Nel caso (patologico) in cui decidano comunque (illegittimamente) di non eseguire la propria prestazione potranno essere incentivati a farlo con l'offerta del pagamento delle prestazioni anteriori. Che questo modo di agire si presti ad abusi è molto probabile, ma primariamente bisogna assicurare il salvataggio dell'impresa; semmai questi somministranti saranno poi sanzionati per il loro comportamento illegittimo.

imprese, le quali potrebbero pure trovarsi in una situazione difficile (o di vera e propria crisi) e finanche insolvenza nei confronti di chi fornisce loro materie prime o forza lavoro, con la conseguenza di un c.d. effetto domino che porterebbe alla caduta di molte imprese che sono collegate con queste da rapporti commerciali. Il comportamento di questi fornitori che pretendono il pagamento repentino ed integrale delle forniture passate non è sempre e comunque derivante da un'imposizione di forza bruta nella logica del più forte – nel senso che sfruttano la loro essenzialità per “avere di più e prima” – ma potrà ben essere frutto di una condivisa situazione di difficoltà che gran parte delle imprese vive oggi.

Una prassi “restrittiva” come quella del Tribunale di Milano che, da una parte esclude la possibilità di autorizzare detti pagamenti senza la presentazione di un piano e una proposta definitivi, con tanto di attestazioni – quella inerente alla continuazione dell'attività d'impresa, di cui al 186 bis, e quella inerente l'essenzialità e la funzionalità dei pagamenti ex 182 quinquies, comma 4, l. fall. – e dall'altra considera oggetto dell'autorizzazione la sola anticipazione temporale del pagamento e non l'integralità, potrebbe limitare la portata dell'istituto al punto di impedirne il suo scopo. Mentre il debitore proponente starà predisponendo il piano e la proposta, i fornitori essenziali potrebbero aver già messo in atto le suddette misure cautelative, con la conseguenza che frattanto l'impresa rimarrà paralizzata. Tali fornitori non si sentiranno per nulla “protetti” dal 182 quinquies, comma 4, poiché non avranno la sicurezza del pagamento integrale, per il quale bisogna aspettare il piano e la proposta definitivi, ma nemmeno l'anticipazione del pagamento potrà essere sicura prima della predisposizione in via definitiva degli stessi. Per quanto detto finora a favore dell'integralità del pagamento ¹²⁷ vi è senz'altro una ragione di sistema, cioè l'integralità sarebbe coerente

¹²⁷ Cfr. P. BALDASSARRE, M. PERENO, *ult. op. cit.*, p. 6; lo stesso M. VITIELLO, *ult. op. cit.*, p. 4, che pure è esponente della stessa Sez. II del Trib. di Milano che segue questa

con tutte le altre misure a favore della continuità aziendale finora delineate e sarebbe coerente anche con l'interpretazione che di questo strumento si è data negli Stati Uniti, da cui la riforma 2012 ha grandemente preso spunto.

Per quanto concerne poi l'asserita impossibilità di ottenere tale autorizzazione presentando una domanda di pre-concordato ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall., il Tribunale di Milano dà una risposta del tutto coerente con quella in tema di finanza interinale prededucibile, la cui richiesta va presentata contestualmente a piano, proposta e attestazioni, e in tema di scioglimento dei contratti pendenti ex 169 bis (in cui però non si richiede l'attestazione). Rispetto a queste ultime autorizzazioni chi scrive ha aderito alla tesi "intermedia" e cioè concorda pienamente con l'impossibilità non solo del tribunale di decidere sull'autorizzazione, ma soprattutto dell'attestatore di rilasciare un'idonea attestazione senza quantomeno le linee guida del piano e della proposta. In questo caso sempre rimanendo fedele a questo orientamento ritengo che ben lungi dall'essere sufficiente una mera domanda "in bianco". Il debitore dovrà prendere posizione sulla natura di concordato che intende porre in essere, il quale presenterà necessariamente i caratteri della continuità aziendale, pena l'impossibilità di pagare tali crediti ex 182 quinquies, comma 4. Trattandosi di prosecuzione dell'attività d'impresa dovranno essere poste all'attenzione del tribunale almeno le linee guida di un *business plan* ¹²⁸. L'attestazione del professionista indipendente è di estrema importanza poiché è proprio dalla essenzialità delle prestazioni che scaturisce il bisogno di sfruttare questo strumento altrimenti inutilmente derogatorio della *par condicio creditorum*; l'attestazione – che riguarda anche la funzionalità dei pagamenti al miglior soddisfacimento dell'interesse creditorio – fornisce proprio giustificazione alla suddetta deroga della concorsualità.

prassi "restrittiva", lascia intendere che vi possa essere anche la possibilità di un pagamento integrale.

¹²⁸ Sulla cui redazione si rimanda a *supra*, paragrafo 8.

Considerando possibile il pagamento *integrale e immediato* dei crediti anteriori finanche con la presentazione di una domanda di pre-concordato (ma si badi non certo in bianco) si consente di sfruttare a pieno le potenzialità di questo istituto in un'ottica, come pare quella del legislatore, di incentivare al massimo l'uso dello strumento concordatario abbandonando sempre più la vecchia concezione sanzionatoria del fallimento. Tuttavia bisogna pur fare i conti con l'asserita deroga alla *par condicio creditorum* che questo comporta. Lungo la presente trattazione si era già posto un problema analogo di tutela creditoria in tema di allargamento dell'area del prededucibile dopo le riforme 2010 e 2012. Appare ora quasi come un obbligo fare qualche considerazione su questo punto.

16. La *par condicio creditorum*

La riforma del D.L. “Sviluppo” a detta di diversi Autori ¹²⁹ ha messo in crisi la regola della *par condicio creditorum*. In particolare il ricorso alla domanda di pre-concordato e la possibilità di ottenere con la stessa tutta una serie di vantaggi (soprattutto i finanziamenti prededucibili e il pagamento dei creditori anteriori) anticipatamente rispetto alla presentazione di un piano e una proposta definitivi, comporterebbe l'impossibilità per il ceto creditorio di far valere efficacemente le proprie ragioni e talvolta comporterebbe proprio uno squilibrio di trattamento rispetto a quello riservato ad altri creditori. Se tali vantaggi fossero concessi dietro presentazione di un piano – prima ammesso dal tribunale, poi approvato dai creditori chirografari (che sono quelli che veramente rischiano l'insoddisfazione) e infine omologato – si potrebbe solo dubitare (e invero così è stato) del corretto funzionamento del mecca-

¹²⁹ Trib. di Modena, 15 dicembre 2012 (Pre. e rel. V. Zanichelli); M. VITIELLO, *op. ult. cit.*, p. 4; F. MARELLI, *op. ult. cit.*, p. 40; G. BONFANTE, *La nuova disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, 18.09.2012, in *il Fallimentarista*, p. 3, definisce questa norma «un altro colpo al totem della *par condicio creditorum*», tuttavia aggiunge che è un colpo ineludibile se si vuole liberare il concordato da logiche meramente liquidatorie.

nismo delle votazioni per classi e della possibilità per i creditori dissenzienti di opporsi ad un piano per loro svantaggioso ¹³⁰. Tuttavia anticipare a tal punto istituti come le prededuzioni e l'*automatic stay* (oggi espressamente anche per le azioni cautelari) e introdurre norme come il pagamento dei crediti anteriori ha destato non pochi sospetti da parte di coloro i quali sono particolarmente attenti alla tutela della massa dei creditori chirografari. Questi strumenti per quanto vantaggiosi, sono assai rischiosi, poiché il debitore ne può beneficiare in un momento in cui il tribunale e l'attestatore ancora non sono in grado di decidere con cognizione di causa e d'altronde anche i creditori ben potranno non essere interpellati. Si aggiunga la considerazione che spesso queste "anticipazioni" saranno poi irreversibili e quindi sarà difficile reintegrare quella quota di patrimonio sottratta ai concorsuali nel caso in cui ci si accorga che concederle sia stato un errore. Ma ammesso che la *par condicio creditorum* sia realmente violata, cosa che sembra proprio accadere, ci dovremmo chiedere cosa comporti questa violazione e se essa sia legittima o meno. La regola che secondo i più deriva principalmente dall'articolo 2741 c.c. ha effettivamente una portata generale? Ammette deroghe? Se sì, quando?

Il problema non è nuovo. Anzi, Pier Giusto Jaeger ¹³¹ scriveva a proposito di una «crisi» della *par condicio creditorum* già negli anni '80 affrontando la questione del cambiamento di prospettiva in tema di procedure concorsuali per il quale si è registrato un progressivo distacco dal modello del codice civile e della legge fallimentare del '42. Questo «sommovimento

¹³⁰ Già su questo punto affermava che vi fosse un'eccessiva privatizzazione del concordato e degli strumenti di soluzione della crisi in generale (anche e soprattutto l'amministrazione straordinaria) L. LANFRANCHI, *op. cit.* in particolare nel primo capitolo; anche P. MENTI, *Nuove opportunità e rinnovati problemi*, p. 451-454, rileva che, già con l'ondata di riforme 2005-2007 e quella 2010 (riguardante le prededuzioni), il concordato preventivo è divenuto uno strumento che si presta ad abusi a danno dei creditori chirografari.

¹³¹ Cfr. P.G. JAEGER, «*Par condicio creditorum*», in *Il Fallimento*, 1984, I, p. 51 ss., ivi a p. 51.

di valori» è collegato all'evoluzione del concetto di fallimento. La legge fallimentare del '42 era ancora improntata su di una concezione “sanzionatoria” del fallito per la quale questi era considerato un imbrogliatore che doveva essere punito (*«si fallitus, ergo fraudator»*)¹³². La natura giuridica del fallimento era (ed è) quella di un processo volto a realizzare la liquidazione delle imprese decotte e valutate inefficienti. La *par condicio creditorum* assume in questo contesto importanza di prim'ordine. Mentre infatti nell'esecuzione ordinaria il concorso dei creditori è eventuale ed occasionale, dipendendo dai titoli esecutivi dei singoli creditori, nel fallimento tutti i creditori sono chiamati a concorrere ad una soddisfazione «parziale ma egualitaria», salva l'ipotesi (considerata eccezionale) di cause legittime di prelazione¹³³. Questa idea di fallimento per cui il fallito è considerato unico “responsabile” dell'impresa decotta, e quindi meritevole di sanzione, era alla base anche del concordato preventivo prima della riforma del 2005; basti pensare ai rigidi requisiti soggettivi (imprenditore «onesto ma sfortunato») ed oggettivi per accedervi, o alla possibilità per il tribunale di mettersi di traverso alla decisione dei creditori (finanche tutti) circa la convenienza dello strumento concordatario rispetto al fallimento¹³⁴.

Tuttavia proprio a partire dal “Decreto Competitività” (2005) è iniziata un'ondata riformatrice che dura ancora oggi. La nuova figura di concordato preventivo (ma anche degli altri strumenti di soluzione negoziata delle crisi d'impresa) è ora basata sulla convinzione che l'insolvenza non è necessariamente causata dal comportamento fraudolento del debito-

¹³² La concezione deriva all'antichissima legge delle XXII Tavole, di cui parla nel XIV secolo il commentatore perugino Baldo degli Ubaldi affermando *«sunt infames et infamissimi, qui more antiquissimae legis deberent tradi creditoribus laniandi»* (Cons. CCC, 3) e ancora *«si fallitus, ergo fraudator»* (Cons. CCCIXXXII, 20); negli anni '90 in Italia era ancora presente una presunzione di frode a carico del fallito, come testimonia la Corte di Cassazione, facendo riferimento al processo fallimentare come un mezzo per reprimere la cattiva imprenditoria (Cass., 3 settembre 1992, n. 10177, in *Giustizia Civile*, 1992, I, p. 2987), entrambi citati da P. MENTI, *op. ult. cit.*, p. 430-431.

¹³³ Cfr. P. MENTI, *op. ult. cit.* p. 437; P.G. JAEGER, *op. ult. cit.*, p. 52.

¹³⁴ Sempre P. MENTI, *op. ult. cit.*, p. 440-442.

re/imprenditore, ma può ben essere il portato di una crisi diffusa. Le norme della legge fallimentare non devono avere la funzione di punire l'imprenditore – semmai saranno le disposizioni del codice penale a sanzionarne i comportamenti illeciti – ma piuttosto di aiutarlo ad uscire da questa situazione di crisi in modo da salvare la sua impresa per quanto possibile. Il vero nucleo centrale di questi interventi legislativi non è il debitore, ma l'impresa. Si cercherà di riportare quest'ultima in una situazione di “equilibrio” e di mantenerla sul mercato, cosicché si preserveranno anche tutti quei valori che stanno dietro la stessa (c.d. *intangibles*) ¹³⁵ che altrimenti – con la semplice liquidazione dei beni uno ad uno – andrebbero perduti. Tutto questo sarà anche nell'interesse dei creditori (tutti) che potranno soddisfarsi in misura maggiore rispetto a quella di una mera liquidazione, ma andrà anche a giovamento dei lavoratori, dei fornitori, finanche della P.A., insomma di tutti quei soggetti che gravitano attorno all'impresa.

Orbene, se tutto questo è vero, anche il principio di *par condicio creditorum* va letto in questi termini. Occorre ribadire che già negli anni '80, come testimonia il lavoro di Jaeger, vi erano disposizioni che andavano contro una concezione rigida di detto principio, proprio perché erano presenti fin da allora dei focolai di quel pensiero così maturo e filo statunitense di fallimento che non aveva lo scopo di sanzionare (costi quel che costi) l'imprenditore fallendo, per spartire ciò che rimaneva ai creditori, ma salvare l'impresa e ottenere una maggior soddisfazione creditoria ¹³⁶. Così nel caso del D.L. 28 aprile 1982, n. 185 riferito all'amministrazione straordinaria della c.d. flotta Lauro, che al suo art. 1 prevedeva per le imprese di navigazione poste in amministrazione straordinaria la prededuzione ai sensi

¹³⁵ Ad esempio l'avviamento, quell'insieme di conoscenze tecniche e relazioni personali e commerciali, i brevetti, il marchio, la clientela.

¹³⁶ Questa concezione era tuttavia presente, molti anni prima: negli U.S.A, cfr. *Supra*, Cap. I, paragrafo I; in Italia cfr. P. MENTI, *op. ult. cit.*, 434-435, il quale cita come nella Venezia di Carlo Goldoni, fosse già presente una simile concezione.

dell'art. 111, comma 1, n. 1 l. fall. anche per i crediti «sorti anteriormente all'inizio della procedura», si trattava certamente di una deroga al principio della parità di trattamento ¹³⁷. Anche Giuseppe Tarzia rispetto a tali normative (*in primis* quella dell'amministrazione straordinaria) sosteneva che queste fossero «invece che lo strumento più rigoroso per l'attuazione della *par condicio creditorum* il suo punto di crisi» fino al punto di porsi il dubbio se tale principio «conservi soltanto un valore residuale» ¹³⁸.

Vincenzo Roppo ¹³⁹, commentando l'art. 2741 c.c. dal quale si fa discendere il principio della *par condicio creditorum*, ha affermato che esso «esaurisce la sua portata reale nel disattendere il criterio della priorità cronologica del sorgere del credito» e che «è ben lontano da spingersi fino a far sì che *di fatto* i creditori possano soddisfarsi sui beni del debitore in modo effettivamente paritario». Si tratta quindi di una scelta “di massima” favorevole alla parità di trattamento fra creditori e contraria alla regola, a questa logicamente contrapposta, del *prior in tempore potior in jure*. Nell'esecuzione ordinaria, come detto poco *supra*, la regola in parola non trova efficace attuazione proprio perché prevale il creditore più accorto e tempestivo; invece nel fallimento tutti i creditori sono chiamati a concorrere, anche quelli che non hanno maturato alcun titolo esecutivo. Inoltre «la legge vieta a chiunque di iniziare o proseguire azioni individuali, in quanto incompatibili con il concorso di tutti e con la finalità di mantenere i beni meglio realizzabili nella garanzia patrimoniale generale anziché doverli abbandonare alla azione esecutiva» ¹⁴⁰. Tuttavia a ben vedere anche nell'ambito delle procedure concorsuali la *par condicio*, se intesa come effettiva uguaglianza di trattamento dei creditori, non è sempre rispettata. Si guardi ad esempio ai c.d. concordati stragiudiziali mediante i quali il debitore si accordava solamente con alcuni

¹³⁷ Cfr. P.G. JAEGER, *op. ult. cit.*, ivi a p. 54.

¹³⁸ Il Tarzia è citato da P.G. JAEGER, *op. ult. cit.*, p. 54; ma anche, qualche anno più avanti (nel 2010), da L. LANFRANCHI, *op. ult. cit.*

¹³⁹ Anch'egli citato da P.G. JAEGER, *op. ult. cit.*, ivi a p. 57.

¹⁴⁰ Cfr. P. MENTI, *op. ult. cit.*, p. 437; P.G. JAEGER, *op. ult. cit.*, ivi a p. 57.

creditori importanti (ad esempio pattuendo postergazioni, rateizzazioni, riscadenzamenti) in modo da ottenere disponibilità liquide per pagare quanti non erano disposti a tali accordi e mantenendo “segreto” lo stato di crisi. Come sottolinea Paolo Menti questi accordi erano considerati nulli dalla giurisprudenza degli Anni Settanta perché in violazione della *par condicio creditorum*, tuttavia presentavano anche aspetti di «meritevolezza, perché giovando all'imprenditore finiscono anche col giovare al ceto creditorio, ai lavoratori, all'economia in genere» ¹⁴¹.

Dopo aver ampiamente evidenziato (lungo tutto il presente scritto) alcune norme del concordato preventivo che derogano alla *par condicio creditorum*, dopo aver mostrato come queste deroghe siano invero diffuse negli strumenti di risoluzione della crisi alternativi al fallimento (*in primis* l'amministrazione straordinaria) e che probabilmente queste sono il frutto di un'evoluta concezione delle norme “anti-crisi” che ha al centro la figura dell'impresa, chi scrive intende concludere – concordemente con Jaeger – che la *par condicio creditorum* «non è un principio assoluto», ma essa «risponde piuttosto a criteri di ordine nelle procedure concorsuali, che passano in secondo piano di fronte al riconoscimento di interessi prevalenti meritevoli di tutela». Occorre quindi affermare il valore «residuale» di tale principio, ma si badi bene, non nel senso negativo del termine di un principio che deve essere svalutato perché sorpassato o peggio inutile, ma anzi nel senso di riaffermare la *par condicio creditorum* come principio generale di parità di trattamento, destinato «ad operare se e in quanto non esistano obbiettive situazioni di disuguaglianza espressamente rilevate dal legislatore» ¹⁴². Pertanto suddette deroghe sono pienamente legittime se e in quanto previste dalla legge, perché derivanti da un bilanciamento di interessi parimenti degni di tutela effettuato dal legislatore.

¹⁴¹ Così P. MENTI, *op. ult. cit.*, p. 443.

¹⁴² Cfr. P.G. JAEGER, *op. ult. cit.*, ivi a p. 65.

17. La *par condicio creditorum* nella Costituzione

La conclusione può non risultare ancora chiara se prima non ci si accinge ad una seppur breve analisi degli art. 3 e 24 della Costituzione, che sono talvolta richiamati a sostegno della *par condicio creditorum*¹⁴³. Secondo quanto detto poco *supra* il legislatore ha in questi anni – seppur nell’esercizio di una funzione di “arbitro” tra i vari interessi contrapposti – previsto delle norme che potrebbero essere considerate incostituzionali. La *par condicio creditorum* deriva non solo e non tanto dall’art. 2741 c.c., ma anche dal principio di eguaglianza di cui all’art. 3 Cost. e dal principio della tutela del diritto di difesa di ciascun soggetto (in questo caso i creditori concorsuali) di cui all’art. 24 Cost.

L’art. 3 della Costituzione sancisce al comma 1: «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche e personali, di condizioni personali e sociali». Al comma 2: La Repubblica rimuove gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del paese». Si tratta di uno di principi cardine del nostro ordinamento, frutto anche di una concezione spiritualista portata dal Cristianesimo. Contiene varie accezioni di eguaglianza tra cui anche «il principio di non arbitrarietà della legge, il quale esige che questa corrisponda ai canoni di razionalità fatti propri dall’ordinamento e in particolare tratti situazioni eguali in modo eguale e situazioni diverse in modo non arbitrariamente diverso»¹⁴⁴. Quindi l’articolo non intende certo realizzare uguaglianza meramente formale volta a trattare tutti nello stesso modo, la quale invece non solo non è possibile, ma nemmeno auspicabile. Jhon Rawls (nel li-

¹⁴³ Per tutti L. LANFRANCHI, *op. ult. cit.*, sempre nel primo capitolo.

¹⁴⁴ Cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, G.M. SALERNO, *Manuale di Diritto Costituzionale*, Padova, CEDAM, 2007, p. 153.

bro Una Teoria della giustizia, del 1971) illustra come esempio del «caso più semplice di una divisione equa» un uomo che divide una torta in parti uguali e prende l'ultima fetta. L'Autore fa notare che anche la divisione in parti uguali, considerata come uno schema ideale di equità, è tale solo in modo astratto, infatti identici pezzi di torta capiteranno a una persona sazia e ad un'altra che non mangia da giorni; ben lungi quindi dal realizzare una reale giustizia nel caso concreto. Ecco perché bisogna auspicare invece la realizzazione di un'eguaglianza anche sostanziale considerando le diverse posizioni di partenza (più o meno favorevoli). Questo è anche quanto risulta dallo stesso art. 3 Cost.

Perciò non si può ritenere ogni trattamento diversificato tra soggetti che dovrebbero essere trattati allo stesso modo – in questo caso i creditori concorsuali – come una violazione del principio di eguaglianza ai sensi dell'art. 3 Cost.; anzi ben venga questo trattamento quando considera le diverse situazioni sottostanti a questi soggetti. L'applicazione pura della *par condicio creditorum* coinciderà con la divisione in parti uguali soltanto nell'ipotesi (scolastica) nella quale i creditori sono titolari di crediti di eguale ammontare ¹⁴⁵. Tra l'altro il principio di eguaglianza è chiaramente espresso anche all'art. 1 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, la quale afferma: «gli uomini nascono e rimangono liberi ed uguali nei diritti», ma anche «le distinzioni sociali possono essere fondate soltanto sull'utilità comune», il che significa che se la ragione di un trattamento diversificato è basata comunque su un'utilità comune è ammessa.

Tornando al concordato preventivo, come modificato dalla riforma 2012, avendo in mente queste parole possiamo ora comprendere come anche gli istituti che sembrano andare maggiormente contro l'uguaglianza di trattamento dei creditori concorsuali in realtà siano pienamente giustificati proprio per il fatto che sono a favore anche di quegli stessi creditori i cui in-

¹⁴⁵ Cfr. P.G. JAEGER, *op. ult. cit.*, p. 56.

teressi sembrano essere sacrificati. In particolare il legislatore ha previsto che il professionista attestatore – oggi ancor più responsabilizzato e necessariamente indipendente ¹⁴⁶ – nel pagamento dei creditori anteriori attesti non solo l'essenzialità per la prosecuzione dell'attività d'impresa, ma anche e soprattutto la funzionalità dei pagamenti alla «miglior soddisfazione dei creditori»; inteso non ovviamente dei creditori che verranno pagati prima (e ad avviso di chi scrive integralmente), ma di tutti i creditori concorsuali compresi i chirografari ¹⁴⁷. Lo stesso anche in tema di finanziamenti prededucibili di cui al 182 quinquies, comma 1, l. fall. Inoltre l'attestatore, per quanto esperto ed indipendente, può non bastare a tutelare la massa dei creditori, altrimenti avrebbe ragione chi (come L. Lanfranchi) predica un'eccessiva contrattualizzazione del concordato preventivo. Ecco perché comunque rimane fondamentale il controllo del tribunale. Infatti sempre in riferimento a questi istituti che abbiamo constatato essere più insidiosi per la *par condicio creditorum* vi è la necessaria richiesta di un'autorizzazione al tribunale che, in qualità di giudice e quindi di soggetto terzo rispetto agli interessi delle parti, valuterà anch'esso se autorizzare l'utilizzo di questi strumenti sia proficuo ovvero dannoso; questa valutazione sarà presa principalmente guardando all'interesse della massa dei creditori.

L'articolo 24 Cost. invece tutela il diritto di azione sancendo al comma 1: «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei loro diritti e interessi legittimi». Al comma 2 dichiara «inviolabile ogni stato e grado del procedimento». Il raffronto con questa disposizione può mettere in dubbio che in tali istituti (quelli dei pagamenti dei crediti anteriori e dei finanziamenti interinali prededucibili) vi sia un'effettiva realizzazione del diritto di difesa dei singoli creditori. L'art. 24 Cost. fa riferimento al diritto che ogni creditore ha di agire per la tutela di un interesse che è direttamente protetto da una

¹⁴⁶ Cfr. *Supra*, cap. III, paragrafi 1-4.

¹⁴⁷ Cfr. art. 182 quinquies, comma 4, l. fall.

norma dell'ordinamento ¹⁴⁸. Il problema si sposta quindi sulla fase in cui questi istituti operano: sono autorizzazioni che verranno rilasciate in un momento in cui i creditori non hanno modo di partecipare ¹⁴⁹.

Tuttavia alcune prassi dei Tribunali particolarmente attenti a questa situazione arrivano a concedere una sorta di “contraddittorio anticipato” ascoltando l'opinione dei creditori, altri sfruttano l'istituto delle “informazioni periodiche” per nominare un ausiliario che controlli da vicino le azioni del debitore, altri ancora richiedono addirittura una sorta di pre-attestazione che accompagni le linee guida del piano, infine il Tribunale di Milano non autorizza alcunché fino a quando non gli si presentino il piano e la proposta definitivi con tanto di ulteriori documenti e attestazioni. Se sommiamo queste cautele, che però sono prese in via di prassi e lasciate alla discrezionalità dei singoli Tribunali, con la considerazione circa la presenza di un professionista attestatore indipendente e maggiormente responsabilizzato e del giudice – il quale ha un ruolo sempre più incisivo alla luce della sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte (Cass., SS. UU., n. 1521/2013) ¹⁵⁰ – possiamo concludere per la piena costituzionalità di queste norme.

Che poi il professionista attestatore non operi correttamente e magari sia in accordi col debitore per favorire alcune pratiche “poco ortodosse” e che il tribunale non riesca a gestire le tante domande di concordato con riserva per cui è adito a causa dell'enorme mole di lavoro che si trovano ad affrontare gli uffici giudiziari dopo la riforma, questi sono questioni che non intaccano la legittimità costituzionale di dette norme che se correttamente interpretate ed applicate possono comunque tutelare il diritto di difesa dei creditori. Queste ultime sono semmai problematiche attinenti alla efficienza

¹⁴⁸ Cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, G.M. SALERNO, *op. cit.*, p. 203.

¹⁴⁹ Il momento della votazione del piano è ancora lontana e in molti casi anche il piano stesso e la proposta non sono ancora definitivi.

¹⁵⁰ I quali dovranno valutare che i suddetti istituti operino nel caso concreto a favore dei creditori tutti e non solo di chi ne trarrà beneficio diretto ed immediato.

o meno delle modifiche legislative apportate dal D.L. Sviluppo, questioni a cui chi scrive tenterà di dare risposta nelle conclusioni del presente scritto.

CONCLUSIONI

Con il presente lavoro si è cercato di analizzare con sguardo critico le modifiche del “Decreto Sviluppo” (D.L. n. 83/2012, convertito con modificazioni in L. 134/2012) il quale ha introdotto istituti di notevole rilevanza ed ha creato uno strappo netto con la legislazione passata; soprattutto col vecchio concordato preventivo del ’42 che sembra ora del tutto eclissato da quell’ondata riformatrice che ha travolto la legislazione concorsuale dalla riforma 2005 fino all’odierna. L’obiettivo che si pone il nostro legislatore (come d’altronde quello statunitense cui si è più volte fatto cenno) è il raggiungimento di una reale *efficienza normativa* tramite il bilanciamento degli interessi contrapposti che sottendono lo strumento concordatario. Da una parte vi è l’interesse non tanto e non solo dell’imprenditore ma dell’impresa e di tutti quelli che gravitano attorno ad essa ad una procedura snella e funzionale, che permetta un pieno recupero dell’attività commerciale e riesca a salvaguardare il valore di avviamento della stessa evitando la liquidazione dei singoli beni aziendali. Dall’altra vi è l’interesse dei creditori chirografari più deboli e dei fornitori “non essenziali” a non subire accordi in loro danno tra debitore e i creditori più forti (le banche e i fornitori essenziali).

Per realizzare l’interesse dell’impresa sono intervenute diverse modifiche legislative a partire dalle riforme del 2005-2007 fino a quella del 2010 e del recentissimo “Decreto Sviluppo” e “Sviluppo bis”. Si pensi alla maggior flessibilità della proposta (ex artt.160, 161 l. fall.); alla possibilità di contrarre finanziamenti anche da soggetti che non sono banche o intermediari finanziari (ex 182 quater); alla possibilità di contrarre finanziamenti anche “in corso” di procedura (ex art, 182 quinquies); alla possibilità di presentare domanda di pre-concordato (ex art. 161 comma 6) con conseguente *automatic stay* dalla pubblicazione dello stesso, ma anche inefficacia delle ipoteche iscritte nei 90 giorni precedenti alla pubblicazione del ricorso (ex art. 168);

alla esplicitazione circa il concordato “in continuità aziendale” (ex art. 186 bis); alla possibilità, riferita a quest’ultimo, di pagare anticipatamente (e chi scrive ritiene integralmente) i crediti anteriori alla procedura ai fornitori essenziali (ex art. 182 quinquies comma 4), o di sospendere o sciogliere i contratti particolarmente gravosi (ex art. 169 bis), o la moratoria fino ad un anno dalla omologazione per i creditori muniti di privilegio, pegno, ipoteca (ex art. 186, comma 2 lett. c).

Sul versante della tutela creditoria si può oggi agire innanzitutto in via di “autotutela”, cioè i creditori stessi se correttamente informati grazie alla relazione dell’attestatore e del commissario giudiziale, possono opporsi al concordato in sede di votazione (ex art. 178) o di omologa tramite il nuovo art. 179 comma 2 o con l’opposizione per così dire di *cram down* di cui al 180 l. fall., che attribuisce oggi la possibilità di opporsi anche nel caso in cui non vi siano classi (ex art. 180 ult. comma). Si può agire anche in via di “eterotutela” grazie al giudizio del tribunale e all’intervento del commissario giudiziale. Da qui nasce il problema di definire i limiti del sindacato del tribunale in particolare se lo stesso possa valutare direttamente o meno la fattibilità del piano. Il legislatore nell’art. 161 l. fall. fa solo presente che è il professionista attestatore ad occuparsi della proposta poi non dice in che termini il giudice possa giudicare in sede di ammissione ex 162-163 l. fall. Il 179 l. fall. al comma 2 sottolinea che il commissario giudiziale, quando rileva dei mutamenti delle condizioni di fattibilità del piano, ne deve dare avviso ai creditori e non dice nulla riguardo al giudice; il 186 bis però, al suo ultimo comma, sottolinea che qualora nel corso della procedura venga meno la continuità aziendale ovvero questa si dimostri dannosa per i creditori il tribunale provvede ai sensi del 173 l. fall. revocando l’ammissione. Lo stesso 173 l. fall., al suo ultimo comma, fa riferimento alla possibilità di revocare il piano «se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l’ammissibilità alla procedura.

Il giudizio sulla fattibilità, intesa come sostenibilità economica del piano, spetta *in primis* al professionista attestatore, oggi necessariamente indipendente e sanzionato anche penalmente (ex art. 216 bis, l. fall.). Tuttavia per quanto autorevole e responsabilizzato può non essere sufficiente a soppesare l'enorme *favor* che la riforma 2012 ha riservato *ex latere debitoris* e, tenendo anche conto della pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite, i giudici avranno una posizione di primaria importanza; forse anche più che in passato. In fase di ammissione il compito del giudice è valutare anzitutto la sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti per poter accedere alla procedura concordataria. Inoltre dovrà verificare che siano state rispettate le norme giuridiche di riferimento, essendo il concordato uno strumento a "natura mista", per cui si deve sì garantire il libero svolgimento delle trattative private, ma anche tenere conto degli interessi ulteriori che ne risultano coinvolti. Pertanto il rispetto delle norme giuridiche va vagliato caso per caso dal giudice e non lasciato alla mera iniziativa di parte come nei contratti. Per lo stesso motivo il tribunale dovrà controllare che la relazione attestativa redatta dal professionista sia motivata, logica e coerente non solo in riferimento ad una coerenza e logicità interna alla stessa, ma anche a confronto con il piano e gli altri documenti presentati dal debitore ex 161 l. fall. o in sede di integrazione. Nel fare questo il giudice deve aver ben presente lo scopo della relazione in parola, cioè quello di informare i creditori, rendendoli edotti di tutti i dati necessari per decidere consapevolmente. Lo stesso perimetro decisorio si ha nelle fasi successive, solo che a portare all'attenzione del giudice i rilievi utili per, eventualmente, non omologare o revocare il concordato saranno il commissario giudiziale e i creditori stessi, secondo le norme loro riferite.

La pronuncia delle Sezioni Unite, per quanto di non agevole interpretazione e probabilmente interlocutoria, pone dei punti fermi che devono essere tenuti presenti. Secondo tale sentenza, oltre alle verifiche suddette

che la Corte chiama di “fattibilità giuridica”, il tribunale deve di volta in volta ricalibrare diversamente l’incisività del proprio giudizio a seconda di quella che è la causa concreta del concordato così come delineata dalla proposta debitoria. **Così** i giudici di merito potranno finanche spingersi un po’ più in là del mero controllo di legalità sostanziale arrivando ad attingere al merito della fattibilità. Questo lo potranno fare non solo in tutte le tre fasi ammissione-omologazione-revoca, ma anche nel caso di pre-concordato ogni volta in cui il debitore gli richieda quelle autorizzazioni necessarie per usufruire degli istituti a lui favorevoli predisposti dal legislatore. Per sopperire alla mancanza di competenze tecniche il giudice potrebbe al più nominare un suo proprio ausiliario, cosa che qualche Tribunale ha ben fatto applicando le regole ordinarie del c.p.c. (ad esempio il Trib. di La Spezia, il Trib. di Padova), anche se tale possibilità non è espressamente prevista. Tuttavia non si sa fino a che punto questo sia auspicabile data l’enorme mole di lavoro che i giudici si trovano oggi ad affrontare a seguito del notevole incremento delle domande di concordato dovuto alla possibilità di concordato con riserva. Altro nodo problematico riguarda il fatto che, non essendo disciplinato compiutamente dalle disposizioni della legge fallimentare, questo ausiliario nominato nella fase interinale si troverà ad avere dei poteri dai contorni assai indefiniti; potrà per esempio presenziare nell’azienda del proponente e controllare accuratamente tutto ciò che quest’ultimo fa o non fa, oppure anche limitarsi ad interpretare le relazioni che il debitore presenta al tribunale. Questo dipenderà dalle prassi dei singoli uffici giudiziari. Anche la volontà di richiedere (pena l’inammissibilità) il piano e la proposta definitivi, con tanto di attestazioni e ulteriori documenti, nel caso di istanza di autorizzazione per contrarre finanziamenti prededucibili ovvero per pagare i crediti anteriori alla procedura o ancora per sciogliersi dai contratti pendenti (qui l’attestazione sarà solo quella del piano) è rimessa alla discrezionalità dei singoli uffici giudiziari. Le nuove disposizioni non sono molto esplicati-

ve sul punto, lasciando dei gradi dubbi agli interpreti. Questa valutazione che il giudice (o meglio il Collegio) dovrà effettuare sulle autorizzazioni nella fase c.d. interinale, derivante dal deposito di una domanda di pre-concordato, deve essere tale da preservarne la funzionalità e l'urgenza per cui, ad avviso di chi scrive, non si dovrebbe pretendere la presentazione di piano, proposta definitiva e ulteriore documentazione – come invece richiede l'autorevole Tribunale di Milano – bastando invece un'adeguata *disclosure* attraverso la prospettazione delle linee guida degli stessi.

In conclusione di questo scritto è d'obbligo rilevare come non sia possibile dare una risposta secca al quesito sull'efficienza di questa riforma. Sicuramente le disposizioni del D.L. Sviluppo dimostrano una grande propensione verso un'idea “matura” di procedure concorsuali che guarda oltreoceano e abbandona (forse per sempre) la concezione sanzionatoria del «*si fallitus, ergo fraudator*» di Baldo degli Ubaldi. Riguardo la presunta incostituzionalità di alcune norme per violazione degli artt. 3 e 24 Cost. si è mostrato come se ne possa proporre un'interpretazione costituzionalmente orientata (capitolo IV, ultimo paragrafo). Un conto è però che gli strumenti che il legislatore ha fornito ai creditori in termini di tutela dei loro crediti concorsuali abbiano tenuta costituzionale, altra cosa è che siano effettivamente in grado di assicurare questa tutela nel caso concreto. Occorre ribadire che gli uffici giudiziari sono attualmente “intasati” di lavoro proprio a causa della risposta positiva che le imprese hanno dato a seguito dell'introduzione del pre-concordato. Occorre anche ricordare che molti punti, come quello riguardante le informazioni periodiche o la possibilità di instaurare un contraddittorio anticipato coi creditori, o la possibilità di passare all'a.d.r., non sono approfonditamente disciplinati. Per questo gli operatori hanno un'ampia discrezionalità e non è detto che questo sia per forza un dato positivo. Recepire strumenti d'oltreoceano non vuol dire che il nostro apparato giudiziario sia pronto ad entrare in un'ottica di decisione *case*

by case come è quella statunitense del Chapter 11. A proposito di quest'ultimo dall'analisi comparatistica è emerso come anche il legislatore nordamericano sia in perenne ricerca di equilibrare le disposizioni concorsuali nell'interesse dell'impresa e dei singoli creditori. Il Chapter 11 che in molti aspetti assomiglia proprio all'idea di concordato che abbiamo noi oggi dopo queste riforme (2005-2012), è stato introdotto nell'ormai lontano 1978. L'intento del *Reform Act* del 1978 era invero di lasciare più libertà possibile alle parti private; il giudice doveva essere un "controllore dall'esterno" quantomeno nella fase iniziale della procedura. Tuttavia dopo circa vent'anni di vigenza di quella disciplina abbiamo notato come fosse necessaria una riforma che puntasse ad una maggiore incisività del ruolo delle Corti; così è stato nel 1994 con la riforma della procedura per le piccole imprese. Insomma attraverso lo studio del sistema a cui il nostro legislatore si è ispirato possiamo comprendere come molti istituti presentino caratteri di estrema somiglianza, ma i due sistemi rimangono ben diversi tra loro. Forse è per questo che rimane nell'aria una perplessità circa l'opportunità che i nostri operatori seguano quel modo di procedere *case by case* a cui non sono abituati, senza avere dei reali appigli sui quali ancorare le loro decisioni. Tanto più che anche il sistema di Chapter 11, pur presentando gran parte di quegli strumenti di risoluzione della crisi che consideriamo di estrema attualità, si muove ancora dopo anni di riforme in una continua ricerca di bilanciamento tra il valore della speditezza e quello della tutela creditoria, bilanciamento che forse è impossibile realizzare fino in fondo.

BIBLIOGRAFIA

A

- R.I. AARON, *The Bankruptcy Reform Act of 1978: The fullemployment-for-lawyers Bill*, in 1 *Utah L. Rev.*, 1979.
- L. ABETE, *Il ruolo del giudice e il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, in *Il fallimento*, 2008, p. 255 ss.
- ADLER, *Financial and political theories of American Corporate Bankruptcy*, in 45 *Stan. L. rev.* 581, 1993.
- ADLER, *Bankruptcy and risk allocation*, in 77 *Cornell L. Rev.* 439, 1992.
- R. AMATORE, *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 109 ss.
- A. AMADUZZI, *L'azienda nel suo sistema e nell'ordine delle sue rilevazioni*, Torino, UTET, 1963.
- S. AMBROSINI, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, in *www.ilcaso.it*, doc. 306/2012.
- S. AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *Dir. fall.*, 2012, p. 478 ss.
- S. AMBROSINI, *Soddisfazione dei crediti e risoluzione nel concordato preventivo: profili di "interferenza" tra diritto concorsuale e disciplina codicistica*, in *www.ilcaso.it*, doc. n. 297/2012.
- S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Il Fallimento*, 2012, 10, p. 1137 ss.
- S. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle novità introdotte dalla legge 30 luglio 2010, n. 122 in materia di soluzioni negoziate delle crisi d'impresa*, in *Crisi di imprese: casi e materiali* a cura di F. Bonelli, Milano, Giuffrè, 2011, p. 163 ss.
- S. AMBROSINI, *Appunti "flash" sull'art. 182 quater della legge fallimentare*, in *www.ilcaso.it*, 2010, doc. n. 204.

- M. ARATO, *Il concordato con continuità aziendale*, in *il Fallimentarista*, 2012.
- M. ARATO, *La domanda di concordato preventivo dopo il d.lgs. 12 settembre 2007*, n. 169, in *Dir. Fall.*, 2008, I, p. 61 ss.
- B. ARMELI, *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prededucibilità e postergazione*, in *Il Fallimento*, 2011, p. 889 ss.
- A.M. AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Il Fallimento*, 2077, p. 1267 ss.

B

- BAIRD, *The Elements of Bankruptcy*, New York, 1992, p. 63.
- P. BALDASSARRE, M. PERENO, *Prime riflessioni in tema di concordato preventivo in continuità aziendale*, in *il Fallimentarista*, 2012.
- L. BALESTRA, *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. Decreto sviluppo*, in *Il Fallimento*, 2012, 12, p. 1401 ss.
- R. BELLÈ, *Convenienza e legittimità delle soluzioni concordatarie*, in *Il Fallimento*, 2012, p. 511 ss.
- G. BENVENUTO, *Quadro sintetico delle novità in materia concorsuale introdotte con il d.l. 33 giugno 2012 n. 83*, in *il Fallimentarista*.
- G. BERSANI, *Il concordato preventivo*, Milano, Giuffrè, 2012, p.139 ss.
- D. BIANCHI, *La Cassazione, la nuova finanza e l'alterazione dell'ordine dei privilegi*, in *Il Fallimento*, 2012, 12, p. 1411 ss.
- C. BIANCO, *Brevi riflessioni economiche sul concordato preventivo in continuità*, in *il Fallimentarista*, 19. 12. 2012.
- G. BONFANTE, *La nuova disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, 18.09.2012, in *il Fallimentarista*.
- BONFANTE, *Il nuovo concordato preventivo e il contratto di locazione finanziaria*, in *Nuovo dir. soc.*, 2011, n. 2, p. 9 ss.
- S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 2011.

M.J. BONELL, *La crisi delle tradizionali procedure concorsuali: uno sguardo oltre frontiera*, in *Giur. Comm.*, 1981, I, p. 680 ss.

R. BONSIGNORE, *Finanza interinale nel concordato con riserva*, in *il Fallimentarista*, 06.12.2012.

A. BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca Legge fallimentare* a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Bologna, Zanichelli-Roma, *Il foro italiano*, 1979, p. 29 ss.

P. BOSTICCO, *La «resurrezione giurisprudenziale» dell'art. 173 l. fall. e la difficile distinzione fra atti in frode e sopravvenienze inattese*, in *Il Fallimento*, 2007, p. 1443 ss.

A. BOTTAI, *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Il Fallimento*, 2012, p. 926 ss.

G. BOZZA, *Il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2012, 4, p. 377 ss.

G. BOZZA, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2011, p. 182 ss.

G. BOZZA, *L'utilizzo della nuova finanza nel concordato preventivo e la partecipazione al voto dei creditori preferenziali incapienti*, in *Il Fallimento*, 2009, p. 1441 ss.

G. BOZZA, *Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173 ult. parte della legge fallimentare*, in *Il Fallimento*, 2007, p. 685 ss.

G. BOZZA, *L'organo deputato alla verifica della maggioranza del nuovo concordato*, in *Il Fallimento*, 2005, p. 803 ss.

F. BRIOLINI, *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497 c.c. e sull'art. 182 quater l. fall.*, in *Dir. Fall.*, 2012, p. 535 ss.

R.F. BROUDE, *Cramdown and Chapter 11 of the Bankruptcy Code: The Settlement Imperative*, in *39 Business Lawyer*, 1984, p. 441.

S. BRAVO, *L'organizzazione delle corti in materia fallimentare negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. proc. Civ.*, 1992, p. 525 ss.

C

V. CALANDRA BUONAURA, *Disomogeneità di interessi dei creditori concordatari e valutazione di convenienza del concordato*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 16 ss.

M. CAFFI, *Il concordato preventivo*, in *Il diritto fallimentare riformato. Commentario sistematico* a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, CEDAM, 2007, p. 605 ss.

O. CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale a cura di Cottino*, Padova, CEDAM, 2007 ss.

F. CANCELLI, *Domanda di concordato con riserva: requisiti formali e di legittimità, fissazione del termine di moratoria ed obblighi informativi*, in *Il fallimentarista*, 04.02.2013.

CASSANDRO, *Gli effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da Apice, III, Torino, UTET, 2011.

A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, Giuffrè, 1993, p.10 ss.

A. CASTAGNOLA, *La nuova disciplina del fallimento negli Stati Uniti*, in *Giur. Comm.*, 1987, I, p. 341 ss.

G. CAVALLI, L. PANZANI, *Introduzione, Grandi e piccole insolvenze: dal caso Chrysler alla crisi del consumatore*, Atti del Convegno di Alba, 28 novembre 2009, Torino, 2010.

C. CAVALLINI, *Concordato preventivo «in continuità» e autorizzazione allo scioglimento dei contratti pendenti: un binomio spesso inscindibile*, in *il Fallimentarista*, 23.01.2013.

C. CAVALLINI, *sub art. 45*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. Cavallini, I, Giuffrè, Milano, 2010.

P.F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, 11.03.2013.

P. F. CENSONI, *Art. 168*, in A. Jorio - M. Fabiani, *Il nuovo diritto fallimentare*, II, Bologna, Zanichelli, 2007.

P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, a cura di Bonfatti, Censoni, Padova, CEDAM, 2006.

CLARK, *Chapter 11: Does one size fit all?*, *American Bankruptcy Institute Law Review*, 1996, 4, p. 167.

E. COMUZZI, S. MARASCA, L. OLIVOTTO, *Intangibles: profili di gestione e di misurazione*, Milano, Giuffrè, 2009.

D

L.U. DAVIS JR., M.B. MCCULLOUGH, E.P. MCNULTY, R.W. SCHULER, *Corporate reorganization in the 1990s*, in *47 Business Lawyer*, 1991, p. 21.

F. DE SANTIS, *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite*, in *Il Fallimento*, 2013, 3, p. 279 ss.

F. DE SANTIS, *Legittimazione ad agire del Pubblico Ministero per la dichiarazione di fallimento e rapporti con le procedure concorsuali alternative*, in *Il Fallimento*, 2010, p. 436 ss.

A. DIDONE, *La liquidazione nel concordato con cessione dei beni: piano concordatario e decreto di omologa alla luce della l. n. 134/2012*, in *Il Fallimentarista*, 10.10.2012.

A. DIDONE, *Le impugnazioni nel concordato preventivo e il controllo del giudice sui crediti prededucibili*, in *Il Fallimento*, 2012, 7, p. 825 ss.

A. DI IULIO, *Obblighi informativi e nomina dell'ausiliario nella fase di preconcordato: spunti di riflessione*, in *Il fallimentarista*, 13.02.2013.

F. DI MARZIO, *Finanza esterna e concordato preventivo*, in *il Fallimentarista*, 04.03.2013.

R. DI MASSA, *Il diritto concorsuale statunitense fra risanamento e liquidazione*, in *Il Fall.*, n.9, 2003, p. 954 ss.

M. DI PIRRO, *Il nuovo concordato preventivo*, Piacenza, LaTribuna, 2012.

J.C. DUBIN, *New York Bankruptcy Court topples contractual barriers to filing Chapter 11*, I, *American Bankruptcy Institute*, 28, 2009.

E

R.L EPLING, *Contractual cure in bankruptcy*, in *Amm. Banker. Law Journal*, 1987, p. 61.

F

M. FABIANI, *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, 2012, doc. n. 313.

M. FABIANI, *Questione "fattibilità" del concordato preventivo tra lemmi isolati e novità legislative*, in Relazione predisposta su invito dell'Ufficio dei referenti per la formazione decentrata presso la S. Corte di Cassazione in relazione all'incontro di studio dell'11 ottobre 2012 in Roma dal titolo "*Controllo del giudice ed autonomia privata nel concordato preventivo (gli indirizzi del merito a confronto e le novità della legge n. 134 del 2012)*".

M. FABIANI, *La domanda "prenotativa" di concordato preventivo: spunti operativi*, in *www.osservatorio-oci.com*, 2012.

M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, in *www.ilcaso.it*, doc n. 303/2012.

M. FABIANI, *La "programmazione" della liquidazione del concordato preventivo da parte del debitore e la natura delle vendite concordatarie*, in *Il Fallimento*, 2012, 8, p. 906 ss.

M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Il Fallimento*, 2011, p. 172 ss.

M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, Zanichelli, 2011, p. 616.

M. FABIANI, *Prededuzione «speciale» ex art. 182 quater l. fall., regime di impugnazione*, in *Foro.it*, 2011, I, p. 2532.

M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Il Fallimento*, 2010, p. 905 ss.

M. FABIANI, *Concordato preventivo per cessione dei beni e predeterminazione delle modalità della liquidazione*, in *Il Fallimento*, 2010, p. 595 ss.

F. FALDI, *Il nuovo c.d. pre-concordato è davvero in bianco?*, in *Diritto24*, 26.11.2012.

G. FAUCEGLIA, *Ancora sui poteri del Tribunale per l'ammissibilità del concordato preventivo: errare è umano, perseverare diabolico*, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 573 ss.

G. FAUCEGLIA, *Il ruolo del tribunale nella fase di ammissione del nuovo concordato preventivo*, in *Il Fallimento* 2005, p. 1302 ss.

FENNING-HART, *Measuring Chapter 11: The real world of 500 cases*, *American Bankruptcy Institute Law Rev.*, 1996, 4, p. 119.

FENNING, *The future of Chapter 11: One View from the Bench*, in *Ann. Surv. Bankr. L.* 1993-1994, p. 113.

R. FERRARIS FRANCESCHI, *Il percorso scientifico dell'economia aziendale. Saggi di analisi storica e dottrinale*, Torino, Giappichelli, 1994.

C. FERRI, *L'esperienza del Chapter 11. Procedura di riorganizzazione dell'impresa in prospettiva di novità legislative*, in *Giur. Comm.*, 2002, vol. 29, I, p. 65 ss.

C. FERRI, *La «grande riforma» del diritto fallimentare nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 176 ss.

FERRO, *Commento sub art. 160*, in *La Legge Fallimentare* a cura di FERRO, Padova, CEDAM, 2011.

F.S. FILOCAMO, *L'esattezza della proposta di concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2012, 11, p. 1269 ss.

FIMMANÒ, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, in *Contratti in esecuzione e fallimento*, a cura di Di Marzio, Milano, 2007.

G

M.M. GAETA, *Fabbisogno concordatario e poteri di accertamento del tribunale*, *Dir. Fall.*, 2008, p. 320 ss.

P. GENOVIVA, *Rigetto della proposta di concordato preventivo e dichiarazione di fallimento: questioni di diritto processuale e transitorio*, in *Il Fallimento*, 2009, p. 63 ss.

A. GIOVETTI, *Il nuovo preconcordato: profili di inammissibilità ed abuso del diritto*, in *il Fallimentarista*, 20.02.2013.

M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, CEDAM, 2012.

P.R. GLASSMAN, *Solicitation of plan rejections under the Bankruptcy Code*, in *Am. Bankr. Law Journal*, 1988, 62, p. 261.

L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, Giappichelli, 2011.

L. GUGLIELMUCCI, *La procedura concorsuale unitaria nell'ordinamento tedesco*, in *Giur. Comm.*, 2000, p. 489 ss.

H

M.M. HARNER, *ABI Commission to study reform of Chapter 11 will meet in April*, in *American Bankruptcy Institute Journal*, 2012, 31.

HENOCH, *Postpetition Financing: Is there life after debt?*, *Bankr. Journal*, 8, 1991, p. 575.

I

B. INZITARI, *Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis l. fall.: natura, profili funzionali e limiti dell'opposizione degli estranei e dei terzi*, in *www.ilcaso.it*, 2011, doc. n. 263.

J

G. JACHIA, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in *Trattato* diretto da G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, UTET, 2009.

P.G. JAEGER, «*Par condicio creditorum*», in *Il Fallimento*, 1984, I, p. 51 ss.

A. JORIO, *Il concordato preventivo: struttura e fase introduttiva*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, a cura di A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, Zanichelli, 2010.

A. JORIO, *Per una riforma della legge fallimentare: soluzioni normative ed esperienze negli USA in Germania e in Francia*, in *Riv. dir. dell'impresa*, 1995, p. 429 ss.

A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Padova, CEDAM, 1973.

M.E. JONES, *Confirmation of Chapter 11 plans of reorganization by "cramdown" of unsecured creditors despite retention of equity ownership*, in *Com. Law Journal*, 1988, 93, p. 121.

K

L.P. KING, *Collier Bankruptcy Manual*, 3° ed, Vol. I, New York, 1992, par 1.1.

M.S. KIRCHNER, D.A. KUSNETZ, L.Y. SOLORSH, C.S. GOTARZ, *Prepackaged bankruptcy plans: The deleveraging tool of the '90s in the wake of OID and tax concerns*, *Seton Hall Law Journal*, 1990-1991, p. 21.

K.N. KLEE, *Cramdown II*, in *Am. Bankr. Law Journal*, 1990, 64, p. 229.

KOROBKIN, *Rehabilitating values: a jurisprudence of Bankruptcy*, *Columbia Law Rev.*, 1991, p. 91.

L

G. LAGONIGRO, *Problematiche in merito alla fase di ammissione al concordato preventivo*, *Dir. Fall.*, 2010, p. 95 ss.

F. LAMANNA, *L'indeterminismo creativo delle Sezioni Unite in tema di fattibilità nel concordato preventivo: «così è se vi pare»*, in *il Fallimentarista*, 26.2.2013 p. 5.

F. LAMANNA, *E' corretto parlare di concordato in bianco o con riserva per una domanda proposta "al buio"? Non sarebbe meglio parlare di procedura meramente prenotativa?*, in *il Fallimentarista*, 21.02.2013.

F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo il "Decreto Sviluppo"*, Milano, Giuffrè, 2012.

F. LAMANNA, *Controllo giudiziale sulla fattibilità e la convenienza nel giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in Relazione predisposta su invito dell'Ufficio dei referenti per la formazione decentrata presso la S. Corte di Cassazione in relazione all'incontro di studio dell'11 ottobre 2012 in Roma dal titolo "*Controllo del giudice ed autonomia privata nel concordato preventivo (gli indirizzi del merito a confronto e le novità della legge n. 134 del 2012)*".

F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in *il Fallimentarista*, 26.11. 2012, p. 9.

F. LAMANNA, *Pre-concordato e procedura prefallimentare pendente: il termine minimo e l'oscuro riferimento al decreto di rigetto dell'istanza di fallimento*, in *il Fallimentarista*, 29.10.2012.

L. LANFRANCHI, *Costituzione e procedure concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2010.

G. LO CASCIO, *Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale*, in *Il Fallimento*, 2013, 1, p. 17 ss.

G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo nel quadro degli istituti di risanamento*, in *Il Fallimento*, 2012, 2, p. 137 ss.

G. LO CASCIO, *Aspetti interpretativi del giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2007, p. 549 ss.

LOPUCKI, Chapter 11: *An agenda for basics reform*, in *69 Am. Bankr. Law Review*, 1992, p. 573 ss.

M

A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, CEDAM, 2009.

L. MANDRIOLI, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di S. Bonfatti e L. Panzani, Milano, Ipsoa, 2008.

K.C. MALLORY, R.E. PHELAN, *To impair or not to impair – that is the question in Chapter 11 reorganization*, in *St. Mary's Law Journal*, 1986, 17, p. 869.

P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi a confronto*, in *Il Fall.*, II, 2011, p. 129 ss.

F. MARELLI, *Atti ordinari consentiti senza alcuna autorizzazione*, in *Guida al Diritto*, 2012, 14.07.2012, p. 39 ss.

F. MARELLI, *Domanda di concordato presentabile «con riserva»*, in *Guida al Diritto*, 14.07.2012, n. 29, p. 34 ss.

F. MARELLI, *Esperienza applicative e riforme nella procedura di «riorganizzazione» del diritto fallimentare statunitense*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, I, p. 157 ss.

F. MARELLI, *Aspetti della liquidazione nella procedura di «riorganizzazione» prevista dal Capitolo 11 del Bankruptcy Code degli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. Proc. Civ.*, 1995, p. 809 ss.

F. MARELLI, *La procedura di «riorganizzazione» prevista dal capitolo 11 del «Bankruptcy Code» degli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, II, p. 578 ss.

M. MAZZIOTTI DI CELSO, G.M. SALERNO, *Manuale di Diritto Costituzionale*, Padova, CEDAM, 2007.

M.C. MCCOID II, *The Occasion for Involuntary Bankruptcy*, in *61 American Bankr. Law Journal*, 1987, p. 195.

MEIR-BROWN, *Representing Creditors' Committes Under Chapter 11 of the Bankruptcy Code*, in *American Law Journal* 56, 1982, p. 223.

P. MENTI, *Il contratto di sconto fra passato e presente*, Padova, Imprimer, 2012.

P. MENTI, *Nuove opportunità e rinnovati problemi per le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, estratto da Odeo Olimpico XXVII, Accademia Olimpica, Vicenza, 2010.

N

G. B. NARDECCHIA, *Art. 169 bis* in G. Lo Cascio, *Codice commentato del fallimento*, Milano, Giuffrè, 2013.

G.B. NARDECCHIA, *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2012, p. 254 ss.

G. B. NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 138.

G. B. NARDECCHIA, *Il divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive. La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il Fallimento*, 2011, p. 705 ss.

G.B. NARDECCHIA, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 2011, p. 80 ss.

P.L. NELA, *Sulla "reorganization" nel nuovo diritto fallimentare statunitense*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1985, p. 1023.

A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, Zanichelli, 2009.

N. NISIVOCCIA, *Le procedure diverse dal fallimento nel decreto correttivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 120 ss.

P

S. PACCHI, *La valutazione del piano del concordato preventivo: i poteri del tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, in *Dir. Fall.*, 2011, I, p. 97 ss.

PACCHI-D'ORAZIO-COPPOLA, *Il concordato preventivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di DIDONE, Torino, UTET, 2009.

S. PACCHI, *Il concordato preventivo*, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 2007.

S. PACCHI, *La riforma del concordato preventivo. Uno sguardo al passato*, in *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, a cura di S. Pacchi, Milano, 2005.

I. PAGNI, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva "funzionale" aperta dal richiamo alla "causa concreta"*, in *Il Fallimento*, 2013, 3, p. 279 ss.

P. PAJARDI, A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 2008.

L. PANZANI, *il concordato in bianco*, in *il Fallimentarista*, 14.09.2012.

L. PANZANI, *L'insuccesso delle operazioni di risanamento delle imprese in crisi e le responsabilità che ne derivano*, in *Crisi di imprese: Casi e materiali* a cura di F. Bonelli, Milano, Giuffrè, 2011, p. 181 ss.

A. PATTI, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Il Fallimento*, 2013, 3, p. 261 ss.

A. PATTI, *Il sindacato del tribunale nella fase di ammissione al concordato preventivo*, in *La crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio, Padova, CEDAM, 2010.

A. PATTI, *I diritti dei creditori nel nuovo concordato preventivo*, in *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare* a cura di M. Fabiani – A. Patti, Milano, 2006.

A. PENTA, *Il controllo del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo e la prosecuzione dell'attività d'impresa*, *Il Fallimento*, 2008, p. 85 ss.

PERUGINI, *Il "professionista" nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2009, p. 905 ss.

PHELAN, CHEATHAM, *Disclosure in Chapter 11 Reorganizations: The pursuit of consistency and clarity*, in *Cornell Law Review*, 1985, 70, p. 733.

L. PICCININI, *I poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il «decreto correttivo»*, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 551 ss.

L. PICONE, *La reorganization nel diritto fallimentare statunitense*, Milano, Giuffrè, 1993.

G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni* a cura di Colombo, Portale, Torino, UTET, 2004.

C. PROTO, *Le classi dei creditori nel concordato preventivo*, Milano, Ipsoa.

Q

L. QUATTROCCHIO, R. RANALLI, *Concordato in continuità e ruolo dell'attestatore: poteri divinatori o applicazione di principi di best practice*, in *il Fallimentarista*, 2013.

R

RACUGNO, *Il concordato preventivo. Profili di diritto sostanziale*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore, Bassi, I, Padova, CEDAM, 2010.

G. RACUGNO, *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 893 ss.

G. RAGO, *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, in *Il Fallimento*, 2008, p. 266 ss.

A.N. RESNICK E E.M. WYPYSKI, *Bankruptcy Reform Act of 1978 – A Legislative History*, Vol. I, Buffalo, N.Y., 1979, p.5 ss.

RHODES, *Eight statutory causes of delay and expense in Chapter 11*, *Am. Bankr. Law Journal*, 1993, 67, p. 287.

P. RIVA, *Il rischio di selezione avversa sul “mercato” degli attestatori e i fattori necessari per limitarlo*, in *il Fallimentarista*, 28.9.2012.

F. ROLFI, *I rapporti tra concordato preventivo e dichiarazione di fallimento: equivoci processuali di una questione sostanziale*, in *il Fallimentarista*, 07.02.2013.

F. ROLFI, *Gli accordi di ristrutturazione: profili processuali e ricadute sostanziali*, in *Il Fallimento*, 2011, p. 109 ss.

S. RONCO, *Brevi note sul blocco delle misure esecutive e cautelari nel concordato preventivo: problemi esegetici e novità della riforma*, in *Il Fallimentarista*, 16.01.2013.

V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, 2011.

S

R. SACCHI, *Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'Autorità giudiziaria*, in *Il Fallimento*, 2009, I, p. 30 ss.

SALVATORE, *sub art. 169*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di Nigro, Sandulli, Santoro, Torino, UTET, 2010.

G. SAVIOLI, *La redazione e l'attestazione del piano di risanamento nelle procedure di soluzione negoziale delle crisi d'impresa*, in *il Fallimentarista*, 28.01.2013.

S. SCARAFONI, *Il giudizio d'ammissione al concordato preventivo: riflessioni sul decreto legislativo correttivo della legge fallimentare*, in *Dir .fall.*, 2007, I, p. 915 ss.

G. SCHIANO DI PEPE, *Alcune considerazioni sui poteri dell'autorità giudiziaria con riguardo al concordato preventivo*, in *Dir .fall.*, 2010, II, p. 304 ss.

SMALL, *Small Business Bankruptcy cases*, *American Bankruptcy Institute Law Rev.*, 1993, 1, p. 305.

L. STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Il Fallimento*, 2010, p. 1350 ss.

E. STASI, *La terzietà dell'attestatore*, in *il Fallimentarista*, 14.12.2012.

T

C.J. TABB, *A critical reappraisal of cross-collateralization in Bankruptcy*, in *South California University Law Review*, 1986, p. 60.

V. TAVORMINA, *Contratti bancari e preconcordato*, in *www.judicium.it*.

G.U. TEDESCHI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, CEDAM, 2006.

R.J. TROST, *Business Reorganization Under Chapter 11 of New Bankruptcy Code*, in *34 Business Law*, 1979, p. 1309.

V

M. VACCHIANO, *Revoca e modifica della proposta di concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2011, p. 63 ss.

M. VACCHIANO, *I poteri di controllo del tribunale in sede di ammissione del debitore al concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2007, p. 1321 ss.

P. VELLA, *Il controllo giudiziale sulla formazione della prededuzione e la nullità o inefficacia degli atti prodromici o interni al concordato*, in atti del Convegno Controllo del giudice ed autonomia privata nel concordato preventivo, presso Corte Suprema di Cassazione, Roma, 11 ottobre 2012, reperibile nel sito della Suprema Corte.

P. VELLA, *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, doc. n. 320/2012.

M. VITIELLO, *Il problema dei limiti del controllo del tribunale sulla fattibilità del piano come risolto dalle Sezioni Unite*, in *il Fallimentarista*, 30.01.2013.

M. VITIELLO, *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato con continuità aziendale*, in *il Fallimentarista*, 21.01.2013.

M. VITIELLO, *Gli effetti del concordato preventivo, dell'esercizio provvisorio e dell'affitto dell'azienda del fallito sui rapporti giuridici pendenti*, in *Procedure concorsuali e rapporti pendenti* a cura di Sanzo, Bologna, Zanichelli, 2009.

W

WARREN, *Bankruptcy policymaking in an imperfect world*, *Mich. Law Rev.*, 1993, 92, p. 336.

ELIZABETH WARREN, *The untenable case for Chapter 11*, in *101 Yale Law Journal*, 1043, 1992.

Z

V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, UTET, 2010.

SENTENZE CITATE

Corte di Cassazione

Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Il Fallimentarista*, 20.02.2013.
Sez. Un. 19 marzo 2012, n. 4303, in *Fallimento*, 2012, p. 1222.
Sez. Un., 27 luglio 2004, n. 14083, in *Il Fallimento*, 2005, p. 131.
25 ottobre 2012, n. 21860 (est. Fioretti).
24 ottobre 2012, n. 18190 in *Il Fallimento*, 2012, 12, p. 1408.
15 dicembre 2011, n. 27063.
16 settembre 2011, n. 18987 (est. Cultrera).
15 settembre 2011 n. 18864 (est. Bernabai).
13 luglio 2011 n. 15440 – Pre. Plenteda - Rel. Ragonesi.
23 giugno 2011, n. 13817, in *Il Fallimento*, 2011, p. 933.
14 febbraio 2011, n. 3586 (est. Didone).
8 febbraio 2011, n. 3059 – Pres. Proto – Rel. Macioce.
4 settembre 2009, n. 19214 in *Il Fallimento*, 2010, p. 427 ss.
25 ottobre 2010, n. 21860.
5.6.2009, n. 12986, in *Il Fallimento*, 2010, p. 445 ss.
4 settembre 2009, n. 19214, in *Il Fallimento*, 2010, p. 427 ss.
2 ottobre 2008, n. 24476, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce cit., n. 97.
29 novembre 2005, n. 26036, in *Foro it.*, Rep. 2005, n. 53.
30 marzo 2005, n. 6672.
1 marzo 2002, n. 3022, in *Il Fallimento*, 2002, p. 734.
11 agosto 2000, n. 10738, in *Il Fallimento*, 2001, p. 781.
1 giugno 1999, n. 5306, in *Il Fallimento*, 2000, p. 486.
30 gennaio 1997, n. 968, *Il Fallimento*, 1997, p. 995.

28 agosto 1997, n. 8152.
30 gennaio 1997, n. 968, *Il Fallimento*, 1997, a p. 995.
22 maggio 1996, n. 4715, in *Il Fallimento*, 1997, p. 30.
29 settembre 1993, n. 9758, *Il Fallimento*, 1994, p. 257.
21 gennaio 1993, n. 709, in *Il Fallimento*, 1993, p. 807.
23 marzo 1992, n. 3581, in *Fallimento*, 1992, p. 700.
12 luglio 1991, n. 7790.
3 novembre 1981, n. 5790, in *Il Foro.it*, 1983, I, p. 1092.
6 marzo 1976, n. 761, in *Dir. Fall.*, 1976, II, p. 360.

Corti di Appello

Firenze 29 maggio 2012, in *il fallimentarista*.
Milano, 29 giugno 2011, in *Redazione Giuffrè*, 2011.
Roma 18 settembre 2010, in *Dir. fall.*, 2011, II, p. 18.
Venezia, 17 luglio 2010, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms. n. 0317.
Torino 27 gennaio 2010, in *Il Fallimento*, 2010, p. 497.
Bologna, 15 giugno 2009, *Il Foro.it*, Rep. 2009, voce cit., n. 104.
Roma, 18 aprile 2009, in *Dir. fall.*, 2010, II, p. 188.
Milano, 4 ottobre 2007, *il Foro it.*, Rep. 2008, voce cit., n. 132.
Torino, 19 giugno 2007, *ivi*, Rep. 2007, voce cit., n. 65.
Milano, 9 febbraio 2007, *ivi*, n. 66.
Torino, 17 luglio 2008.
Bologna 14 marzo 1960, in *Giur. It.*, 1960, I, 2, p. 937.

Tribunali

Trib. Terni, 25 febbraio 2013

Trib. Busto Arsizio, 11 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*, I, n. 8564

Trib. Catanzaro, 23 gennaio 2013, in *il Fallimentarista*, 08.03.2013 con nota di C. CAVALLINI

Trib. Monza, 16 gennaio 2013, *www.ilcaso.it*, I, n. 8351

Trib. Milano 11 dicembre 2012

Trib. Modena, 30 novembre 2012, in *www.ilcaso.it*, I, n. 8196

Trib. Biella, 13 novembre 2012, in *www.ilcaso.it*, n. 8359

Trib. Como, 5 novembre 2012, *www.ilcaso.it*, I, n. 8523

Trib. Pistoia, 30 ottobre 2012, in *Il Fallimento*, 2013, I, p. 74

Trib. Salerno, 25 ottobre 2012, *www.ilcaso.it*, , n. 8499

Trib. di Milano, Sez. Fallimentare – 2° civile, decreto 24 ottobre 2012.

Trib. Terni 12 ottobre 2012, in *Il Fallimento*, 2013, I, p. 99

Trib. Piacenza, 12 ottobre 2012

Trib. Modena, 20 ottobre 2012

Trib. Parma, 17 ottobre 2012

Trib. Nuoro, 4 ottobre 2012

Trib. Mantova, 27 settembre 2012, in *www.ilcaso.it*, I, n. 7874

Trib. Bolzano, 25 settembre 2012, in *Il Fallimentarista*, 04.02.2013

Trib. Pisa, decreto 19 settembre 2012, in *Il fallimentarista*, 13.02.2013

Trib. La Spezia, decreto 25 settembre 2012, in *Il fallimentarista*, 13.02.2013.

Trib. Velletri, 18 settembre 2012

Trib. Asti, 24 settembre 2012

Trib. Roma, 27 luglio 2012

Trib. Terni 18 luglio 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. 749

Trib. Monza, 10 luglio 2012, in *www.ilcaso.it*, doc. n. 7702

Trib. Novara, 29 giugno 2012

Trib. Roma, 5 maggio 2012

Trib. Terni, 26 aprile 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 665

Trib. Terni, 6 febbraio 2012, in *Il Fallimento*, 2012, 7, p. 823, con nota di A. Didone

Trib. Verona, 24 gennaio 2012, in *www.ilcaso.it*

Trib. Monza, 22 dicembre 2011, in *www.ilcaso.it*

Trib. Milano, 28 ottobre 2011, in *Il Fallimento* 2012, p. 78

Trib. Pistoia, 24 ottobre 2011, in *www.ilcaso.it*

Trib. Crotone, 26 ottobre 2011, in *Dir. fall.*, 2012, II, p. 408

Trib. Milano, 20 luglio 2011, in *www.ilcaso.it*

Trib. Udine, 16 maggio 2011

Trib. La Spezia, 8 febbraio 2011 (rel. Bellè), in *Il Fallimento*, 2012, 6, p. 731 ss.

Trib. Salerno, 9 novembre 2010, in *www.ilcaso.it*

Trib. Roma, 29 luglio 2010, in *Il Fallimento*, 2011, p. 225

Trib. Roma, 20 aprile 2010, in *Dir. fall.*, 2011, II p. 297

Trib. Padova, 3 novembre 2009

Trib. Pordenone, 21 ottobre 2009, in *www.osservatorio-oci.org*

Trib. Vicenza, 6 luglio 2009, in *www.ilcaso.it*, 2010, n. 2305.

Trib. Messina, 18 febbraio 2009, in *Il Fallimento*, 2010, p. 79, con nota di L.A. Bottai

Trib. Treviso, 11 febbraio 2009, in *Il Fallimento*, 2009, p. 1439, con nota di G. Bozza

Trib. Roma, 24 aprile 2008, in *Il Foro.it*, n. 105

Trib. Roma, 16 aprile 2008, in *Banca borsa*, 2009, II

Trib. Pescara, 7 aprile 2008, in *www.ilcaso.it*.

Trib. Bari 25 febbraio 2008, in *Il Fallimento*, 2008, p. 682;

Trib. Palermo, 18 maggio 2007, in *Il Fallimento*, 2008

Trib. Firenze, 31 gennaio 2007, *Il Foro.it*, Rep. 2007, voce cit., n. 67

Trib. Milano 13 luglio 2006, in *Il Fallimento*, 2007, I, p. 110

Trib. Milano 17 marzo 2006, in *Il Fallimento*, 2006, 6, p. 729

Trib. Roma, 8 marzo 2006, *Il Foro.it*, Rep. 2006, voce cit., n. 121

Trib. Roma 1 febbraio 2006, *Dir. fall.*, 2007, II, p. 95.

Trib. Milano, 21 dicembre 2005, in *Il Fallimento*, 2006, p. 670

Trib. Torino 17 novembre 2005, *ivi*, 2006, 6, p. 691

Trib. Milano 7 novembre 2005, in *Redazione Giuffrè*, 2005

Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, *Il Foro.it*, Rep. 2005, voce cit., n. 31

Trib. Pescara 23 marzo 2005, in *Il Fallimento*, 2005, p. 705

Trib. Sulmona 19 gennaio 2005, *ivi*, 2006, 5, p. 608

Trib. Brescia 15 ottobre 1993, in *Il Fallimento*, 1994, p. 625

Trib. Milano 1 marzo 1990, in *Il Fallimento*, 1990, p. 748

Trib. Vicenza, 29 aprile 1985

Sentenze straniere

Tucson Self-Storage, Inc., 166 B.R. 892, 898, B.A.P. 9th Cir., 1994
Toibb v. Radloff, 111 S. Ct. 2197, 1991
Ferretti, 128 B.R. 16, Bnkr. D.N.H., 1991
Ames Department Stores Inc., 115 Bankr. 34, S. Distr. of N.Y. 1990
Cardinal Congregate I, 121 B.R. 760, Bnkr. S. Distr. of Ohio, 1990
Olive Street Investment Inc., Bnkr. E. D. Mo., 1990.
Kham & Nate's shoes n.2, Inc. v. First Bank of Whiting, 908 F.2d 1351, 7th Circ., 1990
Mural, Inc., 118 Bankr. 400, Distr. of South Carolina, 1989
Plaza Family Partnership, 95 Bankruptcy 166, E. Distr. of Ca., 1989
M. Long Arabians, 103 B.R. 211, Bnkr. A.P., 9th Circ., 1989
Greystone III Join Venture, 102 B.R. 560, Bnkr. W.D. Tex, 1989
Ionosphere Clubs, Inc., 98 Bankr. 174, S. Distr. of New York, 1989
Tenny Village Co., 104 Bankr. 562, Distr. of New Hampshire, 1989
United Savings Ass'n of Texas v. Timbers of Inwood Forest Ass., Ltd., 484 U.S. 365, 108 S.Ct 626, 98 L.Ed. 2d 740, 17 C.B.C.2d 1368, 1988
Paradise Hotel Corp. v. Bank of Nova Scotia, 842 F.2d 47, 3d Cir., 1988
T. P. Herndon & Co., 87 B.R. 204, Bnkr. M.D. Fla., 1988
Structurlite Plastics Corp., 86 Bankr. 922, Southern Distr. of Ohio, 1988;
Ski Valley Inc., 100 Bankr. 107, Northern Distr. of Georgia, 1988
Elsinore Shore Associates, 91 B.R. 238, Bnkr. D.N.J., 1988; *in re* Federal Support Co., 859 F.2d 17, C.A.4 Va., 1988
O'Connor, 808 F.2d 1393, 10th Cir., 1987
Chateaugay Corp., 80 Bankr. 279, Southern Dist. Of New York, 1987
CLE Corp., 59 B.R. 579, Bnkr. N.D. Ga., 1986

Nerlich, 72 B.R. 181, Bnkr. D.S.C., 1986
 Snowshoe Co., 798 F.2d 1085, 4th Cir., 1986
 Martin, 761 F.2d 472, 8th Cir., 1985
 Roblin Industries Inc., 52 Bankr. 241, Western Distr. of New York, 1985
 Grundy Nat'l Bank v. Tandem Mining Corp., 754 F.2d 426, 9th Cir., 1985
 FCX Inc., 54 Bankr. 833, Eastern Distr. of North Carolina, 1985
 Commercial Western Finance Corp., 761 F.2d 1329, C.A. 9, Cal., 1985
 Planes, 48 B.R. 698, Bnkr. Ga., 1985
 Johns – Melville Corp., 36 Bankruptcy 727 (Southern District of New York), 1984.
 American Mariner Industries, Inc., 734 F.2d 426, 9th Cir., 1984
 Flagstaff, 739 F.2d 73, 2nd Cir., 1984
 S. & W. Enterprise, 37 B.R. 153, Bnkr. Ill., 1984
 Monach Circuit Industries Inc., 41 Bankr. 859, Eastern Distr. of Pennsylvania, 1984
 Cathey v. Johns-Manville Sales Corp., 711 F.2d 60, 6th Cir., 1983
 Cordova, 9 C.B.C., 2d 653, B.Ct., D.N.M., 1983
 Tony Downs Food Co., 34 B.R. 405, Bnkr., Minn., 1983
 Crabtree, 32 B.R. 837, Bnkr. E.D. Tenn., 1983
 Werth, 8 C.B.C.2d 480, D. Colo., 1983
 Otero Mills, Inc., 21 Bankr. Reporter 777, Distr. of New Mexico, 1982.
 McMeekin, 5 C.B.C. 2d 1424, Bnkr. D. Mass., 1982
 Barnes v. Wehlan, 689 F.2d 193, 223 U.S. App. D.C. 10, 1982
 Demp., 23 B.R. 239, E.D. Pa., 1982
 Nat. Safe Center Inc., 20 B.R. 886, Bnkr. Ohio, 1982
 Ravenna Industries Inc., 20 B.R. 886, Bnkr. Ohio, 1982;
 Marston Entres. Inc., 13 B.R. 514, E.Distr. of N.Y., 1982
 Nite Line Inns, 17 B.R. 367, Bnkr. South Distr.. of California, 1982
 Alyucan Interstate Corp., 12 Bankruptcy Reporter 803, Distr. of Utah, 1981

Barrington Oaks General Partnership, 15 B.R. 952, Bnkr. Utah, 1981
All Media Properties, Inc., 646 F.2d 193, 5th Cir., 1981
Green, 5 C.B.C. 2d 773, Bnkr., S.D. Ohio, 1981
Roach, 660 F.2d 1316, 9th Cir., 1981
Teachers Insurance & Annuity Ass. of Am. V. Lake in the Wood, 10 B.R.
338, Mich., 1981
Martin's Point Limited Partnership, 12 B.R. 721, Bnkr. Ga., 1981
Hollanger, 15 B.R. 35, 41 Bnkr. West Distr. of L.A., 1981.
Western Management, Inc., Collier Bankruptcy Cases 2d (MB) 1309, 1980
GSVC Restaurant Corp., 10 Bankr. 300, South. Distr. of N.Y., 1980
Ike Kemper & Bros., 4 Bankruptcy 31, Eastern Distr. of Arkansas, 1980
Jacovoni, 2 B.R. 721, Bnkr., Utah, 1980.
Bermee Corp., 445 F.2d 367, C.A.N.Y., 1971
Lincoln Alliance Bank & Trust Co. v. Dye, 108 F.2d 38, 2d Cir., 1939
Northern Pacific Railway v. Boyd, 228 U.S. 282, 1913