

LA VALUTAZIONE DEGLI STRUMENTI GIURIDICO - AMMINISTRATIVI DI GOVERNO DELLE EMERGENZE¹

di

FRANCESCO PEDOJA

Sommario: I. Introduzione. – II. Il Concordato Preventivo. – III. L'accordo di ristrutturazione. – IV. Il fallimento, ora liquidazione giudiziale. – V. Il piano attestato. – VI. Osservazioni conclusive.

I. INTRODUZIONE.

Potrebbe apparire strano e superfluo in questo momento di grave crisi sanitaria nonché economica ripercorrere le linee guida degli interventi normativi diretti a superare la lunga crisi economica protrattasi dal 2007 sino al 2016, ma oserei dire che questa analisi postuma potrebbe sicuramente giovare per comprendere e risolvere l'attuale e prossima futura crisi che la lotta al virus comporterà per tutto il mondo e per l'Italia in particolare. Oggi vi è l'esigenza di affrontare l'emergenza sanitaria, di rispettare le regole di comportamento e contemporaneamente di evitare conseguenze molto pesanti per le imprese e l'economia in generale, salvaguardando la continuità produttiva in presenza di rigorose misure di prevenzione.

¹ Si presenta in questa sede il Contributo che sarà pubblicato nella versione definitiva nell'opera collettanea dedicata alla Grande Crisi (2007-2016) di prossima pubblicazione per Marsilio Editore e a cura di CUOA Business School. Si ringrazia, pertanto, CUOA Business School di Altavilla Vicentina per aver concesso la pubblicazione del Contributo.

I meccanismi di salvataggio delle imprese in difficoltà, del loro valore sociale ed economico, messi in atto in maniera a volte contraddittoria e spesso senza una visione prospettica del futuro possono qui essere oggetto di un esame critico che permetta di segnalare elementi positivi e/o negativi alla luce dei risultati raggiunti e fornire qualche indicazione per il futuro.

Dopo più di cinquant'anni di immobilismo legislativo in materia concorsuale, la frenesia del nuovo si è impossessata del Legislatore, alla ricerca il più delle volte disorganica di nuovi strumenti di salvataggio delle imprese.

II. IL CONCORDATO PREVENTIVO.

Sin dal 2005 (D.L. n.35 convertito con L. n.80) si sono introdotte sostanziali modifiche allo strumento concordatario trasformandolo in un procedimento latamente privatistico sganciato dal presupposto della meritevolezza in alternativa al fallimento, con sensibile riduzione dei poteri officiosi del Giudice, con una “cavalcata normativa” che ne ha allargato i confini con l'introduzione da un lato del cd. concordato in bianco o con riserva (D.L. n.83 del 2012 convertito con L. n.134) e dall'altro delle norme (art.169 bis introdotto con gli stessi strumenti legislativi) sui contratti pendenti.

Tale ultimo strumento permette al debitore di liberarsi da contratti inutili e dannosi e di concorsualizzare il diritto di credito del contraente *in bonis* trasformandolo in diritto ad un indennizzo, consentendo maggiore spazio di manovra nel salvataggio dell'impresa (se concordato in continuità)².

La stessa giurisprudenza della Suprema Corte era arrivata a limitare i poteri del Giudice in sede di ammissione ed omologa del C.P. al solo esame della cd. fattibilità giuridica, riservando ai soli creditori la valutazione della cd. fattibilità economica (Cass. SS.UU. n. 1521/2013). Tale conclusione appariva giustificata anche dalla introduzione normativa

² F. Pedoja, *I contratti pendenti*, in www.fallimentiesocieta.it, 2014.

dello strumento della attestazione indipendente che il debitore doveva depositare assieme alla proposta ed al piano concordatari.

Si può affermare che gli interventi normativi del 2012 erano diretti a valorizzare l'interesse del debitore e della sua impresa.

I successivi interventi del 2015 (D.L. n. 83 convertito con L. n. 132) con l'introduzione della soglia minima di soddisfazione dei creditori nella misura del 20%, con l'istituto delle proposte concorrenti e con quello delle offerte concorrenti, hanno cercato di riequilibrare lo strumento concordatario in direzione del prevalente interesse dei creditori.

Proprio con quest'ultimo intervento normativo risulta potenziata la continuità aziendale, che costituisce ormai un valore primario acquisito sia a livello nazionale che europeo, oggetto di tutela nelle rispettive legislazioni sia per quanto riguarda l'entità oggettiva dell'azienda sia con riferimento alla figura dell'imprenditore, nella considerazione che la crisi e l'insolvenza costituiscono fatti "naturali" nella vita dell'impresa e che all'imprenditore, indipendentemente dalla sua colpevolezza o meno nel causare il dissesto, va concessa una seconda possibilità di ripartenza.

(vedi Il Regolamento europeo sulle procedure di insolvenza n. 848/2015 del 20 maggio 2015, entrato in vigore il 26 giugno 2017, ha sostituito il precedente Regolamento n. 1346/2000 ed ha efficacia per tutte le procedure aperte dopo la sua data di entrata in vigore)³.

Ricapitolando ed alla luce dell'ultimo intervento legislativo rappresentato dal D.L. n.83/2015 convertito con L. n. 132/2015 nel C.P. in continuità pura ex art. 186 vengono mantenuti i rapporti commerciali con i creditori e per alcuni viene riconosciuta la prededuzione anche per i crediti anteriori alla domanda concordataria (art. 182*quinquies*, c. 5, L.F.) al fine di incentivare il mantenimento e la continuità dei rapporti commerciali.

Il favor per tale forma di concordato appare evidente dalla limitazione introdotta nel 2015 della necessità nella soddisfazione minima dei creditori nella misura complessiva del 20%

³ F. Pedoja, *La continuità aziendale nello stato di crisi ed insolvenza*, in www.fallimentiesocieta.it, 2018.

per il concordato liquidatorio (anche la successiva Riforma del Codice della Crisi e dell'Insolvenza aumenta le limitazioni del concordato liquidatorio aggiungendo l'obbligo di un apporto di risorse esterne tale da incrementare di almeno il 10% il soddisfacimento dei creditori, art 84 u.c.).

A tale misura limitativa si associano altre disposizioni dirette a tutelare maggiormente l'interesse dei creditori, quali l'abrogazione del silenzio – assenso nel voto di approvazione, le possibilità di proposte concorrenti, il ruolo potenziato del Commissario giudiziale, quale garante delle informazioni necessarie per gli stessi creditori, senza dimenticare l'introduzione delle offerte concorrenti di cui all'art.163 bis L.F. dirette a massimizzare il valore degli *assets* aziendali.

Va inoltre precisato che mentre nel concordato liquidatorio proposta e piano assumono una struttura rigida, in quanto ogni passaggio è ricompreso nella proposta iniziale poi omologata, nel concordato in continuità non tutto è inizialmente prevedibile e lo stesso piano risulta flessibile, ancorché controllabile da organi e creditori, come per i flussi di cassa.

Come ho già scritto⁴ nel concordato liquidatorio viene nominato il Comitato dei creditori cui spetta ogni potere autorizzatorio e pertanto vi è un organo che può provvedere alla verifica della compatibilità delle modifiche richieste dal debitore ai risultati della proposta omologata e provvedere conseguentemente alle necessarie autorizzazioni.

Nel concordato in continuità l'imprenditore si trova nella piena disponibilità dell'azienda e detta disponibilità non risulta in alcun modo attenuata dopo l'omologa; egli ha peraltro l'obbligo di rispettare il piano e di corrispondere ai creditori le percentuali promesse; è pertanto lo stesso imprenditore che a fronte di variabili intervenute medio tempore può modificare il piano, ma sempre nel rispetto del maggior interesse per i creditori nel risultato ottenibile.

⁴ F. Pedoja, *Ancora sull'esecuzione del concordato preventivo ovvero sulla modificabilità dei piani* in www.fallimentiesocieta.it, 2017.

Il riferimento alla norma dell'art. 186 L.F. sulla risoluzione del concordato fornisce un criterio discrezionale in ordine alla ammissibilità o meno ed all'ampiezza di modifiche esecutive al piano: e cioè il criterio della scarsa importanza dello scostamento dal risultato promesso nel piano iniziale in relazione al soddisfacimento del ceto creditorio.

Va inoltre precisato che l'esecuzione del concordato può dar luogo alla realizzazione di un surplus finanziario che, in caso di concordato in continuità, costituirà nuova finanza destinata di per sé per la parte eccedente la percentuale promessa allo stesso imprenditore, mentre nel concordato liquidatorio il *surplus* è comunque destinato ai creditori in quanto la percentuale promessa non è fissa ma solo indicativa e non cristallizza ex ante l'entità del debito concordatario.

Concludendo sul punto si può osservare che nella fase esecutiva vi è una stabilità più o meno accentuata del piano proposto, approvato ed omologato a seconda della tipologia di concordato, ma la modificabilità deve comunque confrontarsi con il limite della scarsa rilevanza dello scostamento in funzione dell'interesse dei creditori atteso lo scopo centrale dello strumento concordatario che è quello di soddisfare al meglio il ceto creditorio.

Come si può dedurre da questo veloce e sommario excursus la disciplina normativa del C.P., pur nella evidente volontà di estendere tale strumento, potenziando al termine la sua forma in continuità, si è orientata prima in senso privatistico, ritornando poi – quando “i buoi erano scappati dalla stalla” – a recuperare la struttura officiosa con il potenziamento dei poteri di controllo e di valutazione del Giudice e della sua *longa manus* e cioè del Commissario giudiziale.

Tale andamento ondivago della Legislazione ha creato rilevanti problemi interpretativi e di coordinamento la cui risoluzione è stata ovviamente rimessa alla giurisprudenza prima di merito e poi di legittimità.

In tale imbarazzante quadro normativo si è creata la possibilità di una esecuzione del piano concordatario disarticolata e frammentata con la possibilità di anticipazioni – ancorché giustificate dalla convenienza per i creditori dell'operazione – che sfuggono ad

un modello organico con passaggi obbligati attraverso i decreti di ammissione e di omologa (in tal senso ha cercato di porre un parziale rimedio la previsione delle cc.dd. offerte concorrenti di cui all'art. 163*bis* L.F.)

Tale operazione non può sfuggire al pericolo di strumentalizzazione di prassi autorizzate anticipatorie nelle ipotesi che non si arrivi alla conclusione del procedimento concordatario anche per stessa scelta del debitore con effetti devastanti nel successivo fallimento.

III. L'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE.

Altro strumento latamente privatistico e non concorsuale è quello introdotto sempre con la Riforma del 2005 con l'art. 182*bis*, ma che ha avuto scarsa applicazione per l'impegno enorme riversato sul debitore ed i suoi professionisti nell'elaborare e realizzare un accordo con una parte rilevante dei creditori (almeno il 60%) ed in cui il compito riservato al Tribunale è quello di un controllo e di una certificazione (omologa) quasi notarile.

Solo nel 2010 (D.L. n. 78 convertito in L. n. 122) si sono previste misure protettive durante il periodo delle trattative con i creditori e poi solo con l'introduzione dell'art. 182*septies* (D.L. n. 83 convertito con L. n. 132 del 2015) si è data la possibilità di imporre ai dissidenti dall'accordo raggiunto con il 75% dei creditori del settore bancario e finanziario il contenuto delle condizioni pattuite con la maggioranza.

Tali misure hanno consentito di proporre ai debitori uno strumento più sicuro e facile di ristrutturazione dei debiti in regime di continuità aziendale.

Nella Riforma del Codice della Crisi e dell'Insolvenza (CCII) si è dato ancora maggiore spazio a questo strumento ormai da considerare a tutti gli effetti per la sua parziale coattività per i creditori di qualsiasi natura merceologica una misura concorsuale (anche se nel codice rimane la sua qualificazione non concorsuale).

IV. IL FALLIMENTO, ORA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE.

Il D.Lgs. n. 5 del 2006 e le successive modifiche apportate con il D.Lgs. n. 169 del 2007 hanno portato significative modifiche al procedimento fallimentare in vista di giurisdizionalizzare il medesimo, rendendo il Giudice delegato ed il Tribunale organi più terzi (alla luce del principio costituzionale del giusto processo) nelle dinamiche contrapposte tra debitore e creditori, sia nella fase prefallimentare che nella fase dell'accertamento del passivo.

Altra esigenza prioritaria del Legislatore è stata quella di accelerare la procedura e ciò in particolare con l'intervento normativo di cui al D.L. n. 83 del 2015 che ha introdotto la cd. chiusura anticipata del fallimento pur in pendenza di cause attive per la procedura (peraltro trattasi solo di una simulazione legale di chiusura per proteggere l'Italia dalle sanzioni europee sulla esagerata durata dei fallimenti!).

Nella prospettiva di accelerazione delle procedure è stata introdotta sempre nel 2015 la previsione normativa della via prioritaria di trattazione dei giudizi civili connessi ai fallimenti, da inserire nei programmi organizzativi *ex art. 37 D.L. 98/2011*.

Sempre collegata all'esigenza acceleratoria delle procedure liquidatorie dell'attivo fallimentare è stata l'introduzione della previsione dello strumento programmatico del cd. programma di liquidazione previsto dall'*art. 104^{ter} L.F.*

Anche nell'ipotesi del fallimento si è sentita la necessità impellente della salvaguardia del valore "azienda" attraverso le misure alternative per la continuità dell'esercizio provvisorio, dell'affitto d'azienda e della costituzione di una *newco* cui cedere/conferire l'intera azienda.

L'esercizio provvisorio di cui all'*art. 104 L.F.* – come ho già scritto nel mio saggio sulla continuità aziendale (già citato) – ha come presupposti di segno negativo il non pregiudizio economico per i creditori e di segno positivo la necessità di evitare un danno grave (quale ad esempio l'interruzione di un processo produttivo, la perdita verticale dell'avviamento, il completamento essenziale di commesse e/o costruzioni, ecc.).

Rispetto all'affitto d'azienda vi è un aggravio per il Curatore di un maggior impegno e di una maggiore responsabilità (anche imprenditoriale che il più delle volte non rientra nella preparazione professionale specifica) e per i creditori l'aumento indiscriminato della prededuzione per i crediti sorti nel periodo; vi è invece un vantaggio sotto il profilo della sterilizzazione di tutte le azioni esecutive e cautelari anche per le obbligazioni sorte nel predetto periodo (*ex art. 51 L.F.*)- a differenza di quanto avviene nel C.P. ove la sterilizzazione avviene solo per le obbligazioni sorte anteriormente alla domanda-, la parziale parentesi applicativa del regime della sospensione ed eventuale scioglimento dai contratti pendenti che viene rinviato alla cessazione dell'esercizio provvisorio (con il vantaggio per il Curatore di valutare con maggior ponderazione da quali contratti sciogliersi), la maggiore tempestività di accesso alla procedura ed infine la cessazione dell'esercizio senza alcun indennizzo da corrispondere a terzi.

Per quanto riguarda l'affitto d'azienda:

Si deve innanzitutto distinguere tra l'affitto preesistente alla dichiarazione di fallimento - cd. comune - (e che in alcune ipotesi quando stipulato nell'imminenza del fallimento può costituire ipotesi di bancarotta per distrazione) e quello endofallimentare stipulato dal Curatore; il primo è oggetto di valutazione dagli Organi della procedura in ordine alla sua prosecuzione o al suo scioglimento mediante recesso entro il termine perentorio di gg. 60 e con prestazione all'affittuario di un equo indennizzo in prededuzione (nel nuovo C.C.I.I. n chirografo concorsuale) da liquidarsi ad opera del G.D.; vanno valutate attentamente tutte le clausole del contratto in essere: il canone locativo, la durata del contratto (se compatibile con i tempi di liquidazione), la presenza di una prelazione convenzionale, la entità e qualità delle garanzie prestate, la presenza di contratti di leasing e la garanzia fornita in ordine al numero dei posti di lavoro acquisiti.

Il secondo va ugualmente ponderato nella sua scelta e comunque va operata una particolare selezione competitiva per la ricerca della controparte contrattuale, dovendosi

tener conto in varia misura di alcuni coefficienti, quali l'entità del canone, l'entità e qualità delle garanzie promesse ed il numero di posti di lavoro assicurati.

Si tratta comunque nell'affitto di un trasferimento temporaneo, meno rischioso per i creditori rispetto alla cessione definitiva che può avvenire o con la vendita diretta o con la costituzione di una *newco* o infine attraverso lo strumento del Concordato fallimentare.

Cito a questo proposito un recentissimo ed illuminato scritto sull'argomento di Francesco Fimmanò dal titolo *“La resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da Coronavirus mediante affitto d'azienda alla newco-start up, auto fallimento e concordato programmati”* pubblicato su *blog.ilcaso.it*: l'autore propone in vista della imminente crisi economica un progetto di depurazione delle passività tramite la segregazione dell'azienda con i suoi valori positivi con lo strumento dell'affitto ante concordato preventivo e/o fallimento con il recupero finale da parte dello stesso imprenditore tramite una *newco* –start up cui venga destinata la cessione o nel piano concordatario omologato o in caso di fallimento tramite un concordato fallimentare proposto dalla stessa *newco*.

Anticipo in questa sede alcune conclusioni che saranno riprese nella parte conclusiva del mio scritto, in cui espongo in maniera preoccupata le conseguenze dannose che potrebbero verificarsi a seguito della crisi da Covid 19 per l'elevatissimo numero di procedure concorsuali che si aprirebbero e che affosserebbero da un lato l'economia nazionale e d'altro lato le strutture giudiziarie di settore .

La intelligente soluzione proposta dal prof. Fimmanò non tiene in debito conto, pur citandole, due variabili indipendenti che potrebbero determinare incertezza sull'esito dell'operazione e quindi la sua impraticabilità: in ipotesi di fallimento dei poteri del Curatore di sciogliersi dal contratto di affitto, se lo stesso fosse ritenuto impeditivo o peggiorativo dei risultati della fase liquidatoria ed inoltre di quelli del G.D., in tale ipotesi di scioglimento, di non riconoscere alcun indennizzo al conduttore; in ipotesi di concordato preventivo il pericolo della possibilità di sostituzione dell'affittuario e

dell'acquirente dell'azienda a seguito del sub-procedimento cd. delle offerte concorrenti *ex* art. 163*bis* L.F. e quindi l'impossibilità di una sicurezza nell'operatività del piano proposto. Inoltre non vanno sottovalutati i pericoli di conseguenze penali per reato di bancarotta per distrazione qualora venga ritenuto il contratto d'affitto condotta appunto distrattiva del valore aziendale destinato ai creditori e ciò in caso sia di fallimento che di concordato (in particolare in ipotesi di accertamento del cd. abuso dello strumento concordatario).

V. IL PIANO ATTESTATO.

Riservo all'esame finale lo strumento di salvataggio previsto dall'art. 67 c. 3 lett. D) L.F. ed ora contemplato dall'art. 56, C.C.I.I. quale strumento negoziale stragiudiziale non soggetto ad omologazione.

Si tratta di uno strumento anticipatorio del risanamento dell'impresa che prevede un accordo tra creditori e debitore su un piano *“idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa medesima e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria”* (sic c.1 art. 56, cit. che dettaglia in maniera obbligatoria il contenuto delle clausole del piano).

Il piano si propone di rinegoziare con i creditori più importanti (banche, finanziatori, fornitori strategici, ecc.) l'ammontare dei crediti e degli interessi, le scadenze contrattuali a fronte della costituzione di valide garanzie reali e/o personali.

La tutela dei creditori è costituita dalla tendenziale stabilità dei pagamenti eseguiti in esecuzione del piano e delle garanzie fornite, nel senso della loro inattaccabilità da eventuali azioni revocatorie esperite nei confronti di tali atti giuridici da parte del Curatore fallimentare in ipotesi di successivo default e fallimento del debitore.

Tale tutela trova la sua giustificazione nella circostanza che il piano deve essere convalidato dalla attestazione di fattibilità da parte di un professionista indipendente munito di particolari requisiti professionali e che deve altresì attestare la veridicità dei dati aziendali su cui il piano si fonda.

Tale strumento strategicamente valido presenta però due punti di debolezza: il primo costituito dalla difficoltà da parte dell'imprenditore e dei suoi professionisti di raggiungere un accordo in tempi sufficientemente contenuti con una platea più o meno estesa di creditori, ma ognuno portatore di un proprio specifico interesse talvolta conflittuale con quello degli altri creditori; il secondo dovuto alla stessa struttura dell'istituto e della sua previsione di esenzione da revocatoria, in quanto la valutazione della capacità dirimente della revocabilità degli atti esecutivi non è rimessa ad una valutazione anticipata da parte dell'Organo giurisdizionale (omologazione) ma è postuma e quindi insondabile *ex ante* essendo svolta dal giudice investito dell'azione revocatoria.

Questa previsione normativa permane anche nel C.C.I.I. ed è prevista dall'art. 166, c. 3, lett. d) in termini del tutto identici a quelli dell'attuale L.F.

Questi indicati sono i motivi per cui uno strumento in teoria duttile e stragiudiziale (e quindi più libero da "*legacci processuali*") non ha trovato ampia applicazione nella prassi ancorché in grado di anticipare il risanamento dell'impresa rispetto agli altri strumenti processuali dinanzi esaminati.

VI. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

Oggi le prospettive economiche e finanziarie, e non solo per le imprese nazionali, a seguito della pandemia da Covid 19 appaiono difficilissime nel prevedere una rapida ripresa del mercato, con pericolo effettivo di chiusura di moltissime aziende, soprattutto medio-piccole che rappresentano per la maggior parte il tessuto economico nazionale, e la perdita di migliaia di posti di lavoro.

A fronte della previsione di immissione statale e sovranazionale di notevoli flussi monetari nel mercato del lavoro e nelle famiglie è prevedibile che ci troveremo di fronte ad un esplodere di procedure concorsuali che necessiteranno di strumenti forse più duttili e

veloci degli attuali – che peraltro hanno in parte ben retto di fronte alla crisi economica del 2007 e degli anni a seguire –.

Legislativamente sarà peraltro necessario più di qualche intervento per frenare la valanga di fallimenti che potrebbe abbattersi sull'economia nazionale e sulle strutture giudiziarie: in primo luogo un necessario rinvio dell'applicazione delle misure di allerta previste dal C.C.I.A.A. insostenibili e nefaste nella crisi di liquidità che a breve si verificherà; in secondo luogo (come ha rilevato Roberto Limitone nel suo interessante ed illuminante articolo pubblicato su *Corriere del Veneto* del 29/3/2020) sarà necessario un intervento definitorio sui concetti di crisi ed insolvenza quali presupposti di applicazione degli strumenti concorsuali, limitando alla insolvenza irreversibile soprattutto i casi di dichiarazione di fallimento (a breve liquidazione giudiziale) e prendendo atto che la natura provvisoria e temporanea della crisi (che sarà finanziaria soprattutto, come ha scritto Fabiano Schivardi nel suo interessante saggio su *La Voce.info* il 24/3/2020) non potrà travolgere nel periodo post pandemia in maniera definitiva gran parte delle imprese italiane.

È però necessario affermare che non solo di strumenti astratti e potenti di salvataggio abbiamo bisogno ma altresì e soprattutto di organi giudiziari specializzati e di una organizzazione della Giustizia e non solo di settore più efficiente nei mezzi e nelle persone.

Sino a quando la Politica, come è successo per la sanità, non si renderà conto della necessità di investire nel settore giudiziario, non basterà la buona volontà degli addetti a risolvere i problemi enormi che si presenteranno a breve (così come abbiamo purtroppo constatato per il superamento della pandemia con medici, infermieri e personale sanitario!).

Concludendo il giudizio complessivo sul modo e sugli strumenti concorsuali con cui è stata affrontata e parzialmente risolta la crisi economica succedutasi dal 2007 in poi può dirsi positivo, pur in assenza di un quadro progettuale unitario ed in presenza di interventi

parziali, contraddittori e troppo numerosi che hanno messo a dura prova l'organizzazione giudiziaria che come sempre in Italia si è attivata ed impegnata “ a macchia di leopardo”, pur fornendo un grosso e fondamentale contributo interpretativo, assieme alla Dottrina, per una applicazione il più possibile uniforme e convincente.

Rimane la speranza che l'Italia, anche col necessario aiuto finanziario europeo, possa affrontare in modo razionale ed efficace le crisi sanitaria ed economica che la stanno attanagliando. Non ci meritiamo certo una seconda “ Caporetto”.

Ma poi c'è sempre la difesa e la riscossa del Piave!