

Il “nuovo” concordato preventivo alla luce della riforma “Rordorf”

di Paolo Celentano

*Presidente della Corte d'appello di Napoli
Sezione specializzata in Diritto dell'impresa*

Testo di riferimento della relazione tenuta il 16 maggio 2017 nel corso del Seminario internazionale di studi intitolato “Imprese e banche dopo la crisi: esperienze europee a confronto” organizzato in Napoli, in ricordo del Prof. Michele Sandulli, dall'Università degli Studi di Napoli Federico II.

Il disegno di legge delega per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza varato nel dicembre del 2015 dalla Commissione nominata dal Ministro della giustizia e presieduta da Renato Rordorf, di cui io ho avuto l'onore di far parte, dopo essere stato oggetto di modifiche non del tutto marginali da parte dello stesso Ministro della giustizia, di concerto con Ministro dello sviluppo economico, è stato presentato alla Camera dei deputati l'11 marzo 2016, ove ha assunto il n.C-3671.

Il 1° febbraio 2017, la Camera dei deputati, dopo averne stralciato la parte relativa all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, avergli attribuito il n.C-3671-bis ed averlo modificato, lo ha approvato e, il 3 febbraio 2017, lo ha trasmesso al Senato, ove ha assunto il n.S-2681 ed è stato poi, il 9 febbraio 2017, assegnato alla Commissione giustizia in sede referente, che non risulta averne ancora iniziato l'esame.

Il 10 maggio 2017, la Camera ha poi approvato anche il disegno di legge delega in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi in stato di insolvenza derivante dal suddetto stralcio e che aveva assunto il n.C-3671-ter; ed il suo testo è stato quindi trasmesso al Senato, che però, almeno fino a ieri, 15 maggio 2017, non risultava ancora averlo ricevuto.

Ora, il mio compito qui è quello di trattare, compatibilmente con il tempo a mia disposizione, le novità in tema di concordato preventivo contenute in questo ambizioso e complesso progetto di riforma.

Per farlo, però, mi sembra opportuno accennare brevemente alle origini storiche ed alle travagliate vicende che negli ultimi dodici anni hanno

caratterizzato la disciplina dell'istituto.

Sin dal suo ingresso nell'ordinamento giuridico italiano ad opera della **legge 24 maggio 1903, n.193**, la locuzione "concordato preventivo" individua un istituto giuridico finalizzato a prevenire il fallimento dell'imprenditore in forza di un accordo concluso da quest'ultimo con l'insieme dei suoi creditori secondo modalità normativamente definite e sotto il controllo dell'autorità giudiziaria.

Per poco più di 100 anni, però, quest'istituto, sotto il profilo della sua disciplina, conservò i suoi tratti essenziali originari, nonostante la sua progressivamente sempre più rara utilizzazione pratica e lo scarso successo concreto dei pochi concordati preventivi omologati.

In sostanziale continuità con la legge del 1903, infatti, la legge fallimentare approvata con il **r.d. 16 marzo 1942, n.267**, infatti, consentiva all'imprenditore in stato d'insolvenza di proporre ai propri creditori un concordato preventivo solo se:

a) fosse in possesso di determinati requisiti soggettivi, consistenti nell'essere iscritto nel registro delle imprese e nel tenere una regolare contabilità da almeno due anni o dal minor periodo di tempo trascorso dall'inizio dell'impresa, nel non essere stato dichiarato fallito e nel non essere stato ammesso ad una procedura di concordato preventivo negli ultimi cinque anni e nel non essere stato mai condannato per reati di bancarotta né per delitti contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria od il commercio;

b) la sua proposta fosse tale da garantire seriamente il pagamento, oltre che di tutti i crediti privilegiati, di almeno il 40% dei crediti chirografari, anche se mediante la cessione ai creditori di tutti i suoi beni.

Richiedeva inoltre che la proposta concordataria fosse sottoposta al voto di tutti i creditori chirografari e di quei creditori privilegiati che avessero rinunciato al loro diritto di prelazione, approvata dalla maggioranza di creditori votanti che rappresentasse i 2/3 della totalità dei crediti ammessi al voto ed infine omologata dal tribunale competente valutando, oltre che il raggiungimento delle maggioranze previste e la serietà delle garanzie offerte, la convenienza economica del concordato per i creditori e la meritevolezza del debitore.

Considerava insomma il concordato preventivo la concessione di una sorta di beneficio che lo Stato riservava agli imprenditori onesti ma sfortunati, per di più subordinandolo a condizioni assai rigide e rigorose, che nella pratica era assai difficile soddisfare.

I diversi progetti di riforma della legge fallimentare elaborati ma poi abortiti fino agli inizi di questo millennio si proponevano pertanto tutti in vario modo di rivitalizzare l'istituto soprattutto rendendolo più facilmente accessibile e sfrondandolo della maggior parte dei suoi aspetti, per così dire, premiali, mentre assai dibattute erano la funzione e l'intensità del ruolo di controllo da assegnare all'autorità giudiziaria.

Ma probabilmente la spinta più forte verso la profonda riforma del concordato preventivo varata con l'emanazione del **d.l. 14 marzo 2005, n.35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n.80**, e poi oggetto delle varie e talvolta importanti integrazioni, precisazioni e correzioni apportate dal d.l. 30 dicembre 2005, n.273, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 febbraio 2006, n.51, e soprattutto del d.lgs. 9 gennaio 2006, n.5, e con il d.lgs. 12 settembre 2007, n.169, venne infine dalle numerose condanne che da qualche anno l'Italia stava subendo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a causa dell'eccessiva durata delle nostre procedure fallimentari, peraltro sensibilmente aggravata dalle pesanti conseguenze personali del fallimento sul fallito che fosse una persona fisica.

Complice una temperie politica in cui l'intervento pubblico e, ancor di più, quello giudiziale sull'economia erano visti con disfavore, il legislatore del 2005 pensò dunque di ridurre fortemente il numero delle procedure fallimentari ampliando notevolmente la possibilità di prevenirne l'apertura mediante istituti giuridici fondati tutti essenzialmente sull'accordo tra l'imprenditore insolvente (o quasi insolvente) ed i suoi creditori, tra cui appunto il concordato preventivo, alla cui disciplina vennero infatti apportate profonde modifiche, le più significative e, potremmo dire, epocali delle quali erano costituite da:

- a) la possibilità di accedere all'istituto di tutti gli imprenditori assoggettabili al

fallimento, anche se non iscritti nel registro delle imprese, in possesso di una contabilità non tenuta regolarmente, già dichiarati falliti o già ammessi ad una procedura di concordato preventivo e condannati per un qualsiasi reato e soltanto “in stato di crisi”, cioè in una situazione tecnicamente non definibile di vera e propria insolvenza;

b) la liberalizzazione dei contenuti della proposta concordataria, non più ristretti nella gabbia dell’alternativa o della combinazione tra la dilazione garantita dei debiti e la cessione dei beni dell’imprenditore proponente e della necessaria soddisfazione di almeno il 40% dei crediti chirografari e di tutti i crediti privilegiati, ma aperti alla possibilità di suddividere i creditori in classi in considerazione dell’omogeneità della loro posizione giuridica e dei loro interessi economici e di trattare in modo differenziato i creditori inseriti in classi differenti, nonché di prevedere un pagamento dei crediti privilegiati non integrale, purché non inferiore al valore dei beni oggetto della garanzia e rispettoso dell’ordine delle cause di prelazione, e, secondo l’opinione che mi pare preferibile, di non prevedere una percentuale minima di soddisfacimento dei creditori chirografari;

c) la possibilità che il concordato fosse approvato dai creditori rappresentanti soltanto la maggioranza assoluta dei crediti ammessi al voto o, in caso della suddivisione dei creditori per classi, la maggioranza dei crediti ammessi al voto in ciascuna classe, fatto salvo, nel caso di approvazione del concordato da parte di non tutte le classi, ma solo della loro maggioranza, il potere del tribunale di approvare lo stesso il concordato qualora ritenesse che i creditori delle classi dissenzienti potessero risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili (c.d. *cram down*);

d) l’eliminazione di qualsiasi giudizio dell’autorità giudiziaria sulla meritevolezza, sotto il profilo soggettivo, dell’imprenditore proponente;

e) la limitazione del potere dell’autorità giudiziaria di valutare la convenienza economica per i creditori del concordato proposto ai soli casi in cui questo fosse stato approvato dalla maggioranza, ma non dalla totalità, delle classi di creditori od alla sua omologazione si fosse opposto, contestandone la convenienza

economica, almeno uno dei creditori (dissenzienti) appartenenti ad una classe dissenziente.

Con il d.lgs. c.d. correttivo n.169 del 2007, poi, per l'approvazione del concordato, in caso di suddivisione dei creditori in classi, vennero richiesti il voto favorevole dei creditori rappresentanti la maggioranza dei crediti ammessi al voto e l'approvazione del concordato con analoghe maggioranze da parte della maggior parte delle classi di creditori ed il c.d. *cram down* venne limitato al solo caso in cui all'omologazione del concordato approvato con le suddette maggioranze si fosse opposto, contestandone la convenienza economica, almeno un creditore (dissenziente) appartenente ad una classe dissenziente.

A partire dal 2005 si cominciò pertanto a registrare un notevole aumento del numero delle domande di ammissione alla procedura di concordato preventivo e dei concordati omologati, ma anche dei loro "tassi di mortalità", anche se in misura a volta anche assai diversa a seconda degli ambiti territoriali.

Evidente poi risultava anche la tendenza degli imprenditori in crisi ad usare il concordato preventivo soprattutto in funzione meramente o prevalentemente liquidatoria, spesso con l'intento di assicurarsi *in extremis* una qualche forma di controllo o di predeterminazione dei modi e degli esiti della liquidazione dei loro cespiti.

Gravissima e fortemente destabilizzante era infine l'incertezza in ordine ai rapporti di carattere processuale e sostanziale tra la disciplina del concordato preventivo e quella della c.d. transazione fiscale, introdotta nella legge fallimentare con il d.lgs. n.5 del 2006, soprattutto a causa della difficoltà della pratica, paradossalmente aggravata da un intervento sull'argomento della Corte di cassazione, di individuare i "tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea" dei quali la disciplina della transazione fiscale non consentiva la falcidia.

Dal dibattito tra coloro che suggerivano al legislatore un, sia pur meditato e parziale, ritorno al passato, prospettando l'opportunità che la proposta concordataria fosse assoggettata a più stringenti limiti normativi ed a più ampi ed intensi controlli giudiziari, e coloro che invece spingevano verso un ulteriore

ampliamento della sfera dell'autonomia negoziale ed un'ulteriore riduzione dei poteri di controllo procedurale e contenutistico dell'autorità giudiziaria, convinti che in tal modo il concordato preventivo avrebbe potuto costituire uno strumento assai utile per una rapida e feconda reimmissione nel circuito produttivo di risorse altrimenti destinate a svalutarsi e dunque per contrastare i più perniciosi effetti della grave crisi economica da cui l'occidente capitalistico era stato colpito a partire dal 2008, uscirono infine, almeno in un primo momento, vincitori i secondi.

Con il **d.l. 22 giugno 2012, n.83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n.134**, vennero infatti introdotte nella disciplina del concordato preventivo tre assai importanti novità:

1) la possibilità per l'imprenditore in crisi di formulare una domanda di concordato "in bianco", cioè di chiedere di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo riservandosi di presentare entro un termine complessivamente non superiore a 180 giorni il piano, la proposta e la documentazione da sottoporre al vaglio dell'autorità giudiziaria e dei creditori, e di ottenere in tal modo automaticamente il temporaneo blocco delle azioni esecutive e cautelari aventi ad oggetto il suo patrimonio e del procedimento per la dichiarazione del suo fallimento;

2) la possibilità per il debitore di ottenere dall'autorità giudiziaria di essere autorizzato a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione al momento della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo;

3) l'equiparazione all'assenso alla proposta concordataria del silenzio eventualmente serbato dai creditori ammessi al voto.

Il risultato immediato più eclatante fu una sensibile ascesa del numero delle domande di concordato preventivo, la più parte delle quali "in bianco", ma anche della percentuale delle procedure di concordato preventivo fermatesi in corso d'opera.

Il che evidentemente produceva un aumento del lasso di tempo mediamente intercorrente tra il maturare della situazione d'insolvenza e l'apertura della

procedura fallimentare e, anche a causa dei costi delle procedure concordatarie, la diminuzione delle concrete probabilità di soddisfacimento dei creditori: insomma, degli effetti sull'economia affatto opposti rispetto a quelli preconizzati dai più pervicaci sostenitori di quello che potremmo definire "liberismo concordatario".

Divenne pertanto presto evidente la necessità e l'urgenza di un brusco cambiamento, se non proprio di una vera e propria inversione, di rotta, che il legislatore ha poi operato in parte già con il **d.l. 21 giugno 2013, n.69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n.98**, e, più decisamente, nell'estate del 2015, mentre erano in corso i lavori della Commissione Rordorf, mediante le numerose e rilevanti modifiche apportate alla disciplina del concordato preventivo con la **legge 6 agosto 2015, n.132, di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n.83**, le più importanti delle quali mi paiono:

a) la previsione che la proposta concordataria indichi l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il debitore si obbliga ad assicurare a ciascun creditore e, salvo in caso in cui il concordato proposto preveda la continuazione dell'attività dell'impresa da parte del debitore o di terzi (c.d. concordato con continuità aziendale), assicuri il soddisfacimento di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari;

b) l'introduzione di una specifica disciplina del procedimento c.d. competitivo volto a sollecitare la presentazione da parte di terzi di proposte di acquisto dell'azienda o di uno o più rami dell'azienda o di uno o più specifici beni del debitore concorrenti rispetto a quella eventualmente contenuta nel piano concordatario ed a scegliere la migliore;

c) l'abolizione dell'equiparazione del silenzio dei creditori al loro voto favorevole all'approvazione della proposta concordataria;

d) il potenziamento dei poteri di controllo dell'autorità giudiziaria volto a contenere i tempi di definizione ed i costi della procedura concordataria ed a stroncare il prima possibile le iniziative concordatarie prevedibilmente destinate all'insuccesso, se non addirittura finalizzate a frodare i creditori.

L'attuale quadro normativo è stato infine completato dalle modifiche apportate alla disciplina della transazione fiscale di cui all'art. 182-ter l. fall, dall'art. 1, co. 81, della legge 22 dicembre 2015, n.232, soprattutto per recepire le indicazioni della sentenza del 7 aprile 2016 con cui la Corte di giustizia dell'Unione europea, smentendo l'orientamento espresso dalla Corte di cassazione italiana, ha ammesso la falcidiabilità in sede concordataria dei crediti aventi ad oggetto l'imposta sul valore aggiunto.

Fatte queste – per forza di cosa, non brevissime – premesse di carattere storico-sistematico, occorre dir poco per comprendere le idee ispiratrici delle linee-guida delle modifiche in tema di concordato preventivo contenute nell'art. 6 del testo del **progetto di riforma delle discipline delle crisi d'impresa e dell'insolvenza varato dalla c.d. Commissione Rordorf**, il quale, alla ricerca di un miglior punto di equilibrio tra i sostenitori del c.d. liberismo concordatario ed i loro oppositori, prevede o, meglio, per quanto dirò in seguito, prevedeva, per limitare lo sguardo alle novità che oggi mi paiono più significative:

1) l'ammissibilità di proposte concordatarie di carattere esclusivamente liquidatorio solo nel caso in cui apportino risorse esterne (c.d. nuova finanza) idonee ad aumentare in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori;

2) l'estensione ai terzi della legittimazione a promuovere il procedimento concordatario nei confronti del debitore in stato d'insolvenza, nel rispetto del principio del contraddittorio e con l'adozione di adeguati strumenti di tutela del debitore, in caso di successivo inadempimento dei terzi proponenti alle obbligazioni concordatarie assunte, con la conseguente sottrazione al debitore di quell'esclusiva in tema di iniziative concordatarie che, secondo i più, spesso impedisce la tempestiva emersione delle crisi d'impresa;

3) l'esplicitazione dei poteri di valutazione dell'autorità giudiziaria in ordine alla fattibilità del piano concordatario alla stregua delle indicazioni ricavabili dai consolidati orientamenti sull'argomento della giurisprudenza della Corte di cassazione, il che valeva a dire la decisa conferma dell'esclusione di un generalizzato controllo giudiziale, oltre che sulla convenienza economica per i

creditori del concordato proposto, sulla concreta realizzabilità sotto il profilo economico del piano concordatario, fatto salvo il caso dell'assoluta e/o manifesta inettitudine di quest'ultimo a conseguire i suoi obiettivi economici;

4) nell'ambito di una più dettagliata disciplina della fase di esecuzione del piano concordatario, la limitazione del controllo giudiziale sull'esecuzione del piano non liquidatorio entro i limiti temporali strettamente necessari per il riequilibrio della situazione finanziaria dei debitori.

Senonché, lo stesso vento che aveva ispirato il brusco mutamento di rotta operato con le modifiche apportate alla disciplina dell'istituto del concordato preventivo tra il 2013 ed il 2015 ha indotto i Ministri della giustizia e dello sviluppo economico a rielaborare nello stesso senso il testo del disegno di legge-delega licenziato dalla Commissione Rordorf.

Il testo del disegno di legge-delega presentato dal Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, alla Camera dei deputati nel marzo del 2016, a differenza di quello elaborato dalla Commissione Rordorf, prevedeva infatti:

1) l'inammissibilità di proposte concordatarie aventi, in considerazione del loro contenuto sostanziale, natura essenzialmente liquidatoria;

2) l'esplicita attribuzione all'autorità giudiziaria del potere di verificare anche la realizzabilità economica del piano concordatario;

3) l'esclusione di particolari limitazioni del controllo giudiziario sull'esecuzione dei piani concordatari non liquidatori;

4) l'attribuzione all'autorità giudiziaria del potere di affidare ad un terzo il compito di porre in essere gli atti necessari all'esecuzione del concordato;

5) l'estensione al commissario giudiziale del potere di chiedere, su istanza di almeno un creditore, la risoluzione del concordato.

Indicazioni, queste, che sono infine state tutte sostanzialmente confermate dalla Camera dei deputati, ad eccezione di quella relativa all'abolizione dei concordati meramente liquidatori.

Il testo del disegno di legge delega approvato dalla Camera dei deputati il 10

maggio 2017 ripristina infatti la previsione, già contenuta nel testo licenziato dalla Commissione Rordorf, dell'ammissibilità di concordati di natura liquidatoria che contemplino l'apporto di risorse esterne in grado di aumentare in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori, anche se subordinandola, in linea con l'attuale quadro normativo, all'ulteriore condizione della necessaria soddisfazione di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari.

Aggiunge inoltre al testo presentato allo stesso ramo del Parlamento altre indicazioni, tra le quali mi pare che meritino di essere segnalate quelle concernenti:

1) la possibilità che il piano del concordato con continuità aziendale contenga una moratoria per un periodo di tempo anche superiore ad un anno per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno od ipoteca sui beni del debitore di cui non sia programmata la liquidazione ed il riconoscimento in tal caso agli stessi creditori del diritto di votare il concordato;

2) l'applicazione di questa stessa disciplina alla proposta di concordato che preveda la continuità aziendale e nel contempo la liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa (c.d. concordato di tipo misto) ed ai casi in cui l'azienda del debitore sia oggetto di un contratto di affitto, anche se stipulato prima della presentazione della domanda di ammissione alla procedura concordataria, a condizione che, a seguito di una valutazione in concreto del piano, possa prevedersi che i creditori verranno soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale.

Resta dunque ora da vedere se ed in quali tempi il Senato prenderà in esame il testo della riforma da pochi giorni approvato dall'altro ramo del Parlamento, se riterrà di apportarvi ulteriori modifiche e, in caso positivo, quali, tenendo anche conto che mancano ormai meno di dieci mesi alla scadenza della legislatura e che, il 22 novembre 2016, è stata pubblicata una proposta della Commissione europea di direttiva del Parlamento e del Consiglio europei in tema di istituti di ristrutturazione preventiva, di seconda *chance* e di misure per incrementare l'efficienza delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, che,

se approvata, costituirà un ulteriore fondamentale punto di riferimento per qualsiasi successiva modifica della tormentatissima disciplina italiana del concordato preventivo.