

Considerazioni del prof. Stefano Ambrosini in vista dell'audizione da parte della Commissione Giustizia del Senato della Repubblica del 1° agosto 2024

Le modifiche proposte dallo scrivente, evidenziate in grassetto e colore azzurro sulla bozza di decreto correttivo, risultano in linea con i principi sanciti dalla legge delega n. 155/2017 e con la Direttiva UE del 2019 (c.d. *Insolvency*), nonché con gli obiettivi da esse perseguiti, e sono dirette a emendare e migliorare alcune previsioni contenute nella predetta bozza (e in un caso a eliminare un vizio di eccesso di delega).

In particolare, alcune delle proposte mirano a incrementare le possibilità, per le imprese in difficoltà (che non comportino inutili “accanimenti terapeutici”), di scongiurare la disgregazione dei complessi produttivi, nel precipuo interesse dei creditori e della tutela dell'occupazione.

Altri suggerimenti, non meno importanti, riguardano la necessità di rendere la disciplina più efficiente e funzionale, nonché di ridurre quei residui margini di ambiguità interpretativa e di eccessiva complessità che inducono negli operatori pericolose remore e incertezze e che risultano forieri di eterogeneità applicative.

Si propone infine di eliminare quelle previsioni che appaiono ingiustamente penalizzanti per le categorie professionali coinvolte.

Tutte le ipotesi di modifica prospettate non hanno alcun impatto rispetto alle finanze pubbliche, non determinando nuovi o maggiori oneri.

Composizione negoziata

Date le finalità perseguite dall'istituto, all'art. 12 si potrebbe inserire un riferimento alla tutela dei posti di lavoro, come già oggi accade nell'art. 84 c. 2 in tema di concordato preventivo con continuità aziendale.

Più nel dettaglio, oltre alle condivisibili proposte avanzate da UnionCamere, vi è un aspetto della disciplina che merita di essere definito, anche perché sta generando incertezze tra gli operatori. La legge infatti non precisa con chiarezza chi abbia titolo formale per avanzare ai creditori le proposte di “ristrutturazione” dei debiti dell'impresa. Ora, posto che l'esperto ha il compito di agevolare le trattative, sarebbe bene chiarire che la conduzione delle trattative quanto alla formulazione delle relative proposte ai creditori sono di competenza dell'imprenditore, in ciò “coadiuvato” dall'esperto, ovviamente anche in modo “proattivo”. D'altronde l'imprenditore è il solo soggetto che può validamente disporre del proprio patrimonio ed è colui che ha predisposto il progetto di risanamento.

Pertanto, nel comma 2 bis dell'art. 16 quale proposto dal correttivo si dovrebbe precisare “trattative condotte dall'imprenditore”; e all'art. 17, c. 5, che l'esperto prospetta le possibili strategie di intervento “d'intesa con l'imprenditore”.

Sarebbe inoltre opportuno, al fine di evitare letture restrittive dell'istituto, precisare agli artt. 12, c. 2 e 22 c. 1, lett. d), la possibilità di porre in essere, oltre al trasferimento, l'affitto e l'usufrutto dell'azienda o di rami di essa.

Concordato semplificato

In tema di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio è affermazione diffusa (e fondata) che la relativa disciplina sia piuttosto scarna in rapporto alla rilevanza dell'istituto. Sarebbe allora certamente opportuno far luogo ad alcuni chiarimenti, a partire dall'espressa possibilità di chiedere misure protettive e cautelari anche in tale ambito (la prevalente giurisprudenza, alle prese con il silenzio della legge sul punto, risulta non a caso essersi orientata in tal senso).

Sarebbe importante, poi, modificare l'*art. 25-sexies*, c. 1, nel senso di precisare che la dichiarazione dell'esperto circa lo svolgimento delle trattative secondo correttezza e buona fede e circa l'impraticabilità delle soluzioni menzionate dalla norma non è di per sé ostativa rispetto alla possibilità di proporre il concordato semplificato, giacché questa dovrebbe pur sempre dipendere da una decisione del tribunale ove la dichiarazione dell'esperto sia contestata (com'è già più volte avvenuto nella pratica). E ciò anche in base alla regola generale sussunta nel broccardo *iudex peritus peritorum* (e vedi infatti Trib. Vicenza, 9 novembre 2023 e abstract allegato)

Inoltre, nell'elenco *ex art. 25-sexies*, u.c., delle disposizioni sul concordato preventivo dichiarate applicabili al concordato semplificato andrebbero inseriti gli artt. 40, comma 3, primo e secondo periodo, 46, 47 commi 4 e 6, nonché gli artt. 98 e 99, c. 1, limitatamente - quest'ultimo - all'ipotesi di finanziamento funzionale alla (migliore) liquidazione.

Art. 2, c. 1, lett. o), n. 3): la norma sancisce e tutela il principio fondamentale dell'indipendenza del professionista incaricato dall'impresa in crisi, mentre la bozza di decreto correttivo (d'ora in poi, per semplicità, "correttivo") propone inopportuno di stemperarlo, inserendo la dicitura - riferita a rapporti di natura personale o professionale - "tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio".

Quest'ultima locuzione - che il legislatore non a caso ha sempre scartato (da ultimo con la legge del 2022) - andrebbe senz'altro eliminata, dal momento che introduce perniciosi elementi di incertezza e di "soggettivismo", lasciando impropriamente spazio a condotte poco trasparenti, quando non potenzialmente in conflitto d'interessi.

Del resto, questa espressione limitativa non si trova neppure all'art. 16 in tema di indipendenza dell'esperto nella composizione negoziata: motivo in più, quello della coerenza interna al sistema, per espungerla.

Art. 6: la norma, in punto prededucibilità dei crediti professionali, penalizza eccessivamente le categorie dei professionisti coinvolti (dottori commercialisti, avvocati, consulenti del lavoro, consulenti d'impresa, periti, ecc.), decurtando la prededucazione loro spettante del 25% (similmente - cfr. art. 102, c. 1 - a quanto disposto per i finanziamenti prededucibili dei soci, decurtati del 20!) e trasformando impropriamente, in deroga ai principi civilistici, una prestazione di mezzi in prestazione di risultato.

Si suggerisce quindi la modifica nei termini proposti, con esplicita salvezza della c.d. eccezione di inadempimento, nonché con l'inserimento di un terzo comma relativo alla possibilità di effettuare

pagamenti dei crediti prededucibili in caso di capienza (anche prospettica) dell'attivo, a tutela dell'intero ceto creditorio.

Né si dica che l'odierna disposizione è imposta dalla necessità, enucleata dalla Direttiva UE, di ridurre i costi delle ristrutturazioni, dal momento che l'art. 6 non incide sull'ammontare del credito, bensì esclusivamente sul suo rango.

A ben vedere, se si volesse davvero intervenire efficacemente sul versante dei costi, si dovrebbero modificare le tabelle dei compensi commissariali e fissarne un tetto massimo (ad esempio euro 800.000,00), pari al doppio del tetto fissato in materia di composizione negoziata dall'art. 25 ter, c. 3. E si potrebbe altresì discutere della (in)opportunità di duplicare il compenso dell'esperto nell'ipotesi contemplata dal c. 6 dello stesso art. 25 ter.

Art. 7 (e artt. 47 e 112): Controllo da parte del tribunale

Le tre norme in questione attengono allo scrutinio giudiziale sugli strumenti di regolazione della crisi e, segnatamente, sulla domanda di concordato preventivo.

La loro formulazione si presenta inutilmente complessa e inopportuna poco chiara, dando così luogo a rilevanti incertezze interpretative, certamente non desiderabili in quanto foriere di interpretazioni disuniformi, come hanno dimostrato le prime esperienze applicative.

L'art. 7, essendo la sua finalità circoscritta alla trattazione prioritaria della domanda di concordato preventivo rispetto a quella di liquidazione giudiziale, non dovrebbe distinguere fra le due tipologie concordatarie (in continuità e liquidatoria) con riferimento all'indicazione della convenienza per i creditori, anche perché l'art. 84 è fondato sul criterio di non deteriorità, da esso sancito in via generale.

La previsione che va incontro ai maggiori rilievi critici è tuttavia l'art. 47, soprattutto se letto "in controluce" rispetto all'art. 112.

In primo luogo, non pare corretto parlare di ammissibilità/ritualità della *proposta* anziché della *domanda*. Non è forse la domanda a essere oggetto, da parte del tribunale, di un'eventuale censura di inammissibilità? Sarebbe allora preferibile utilizzare sempre il termine "domanda", come avviene nell'art. 7.

In secondo luogo, risulta inopportuno, anche sul piano della certezza del diritto, distinguere tra ammissibilità e ritualità. Oltretutto, se si ritiene – come parrebbe – che la semplice ritualità sia qualcosa di non perfettamente coincidente con l'ammissibilità, si potrebbe a rigore sostenere che il tribunale non possa emettere una declaratoria di inammissibilità se non nei due casi – irritualità e manifesta inidoneità del piano – indicati alla lett. b) dell'art. 47: il che peraltro sarebbe assai poco razionale, dovendo in effetti ribadirsi il potere/dovere del tribunale di pronunciarsi in tal senso tutte le volte in cui difettino i requisiti di ammissibilità della domanda (ad esempio, l'inosservanza dell'ordine delle cause legittime di prelazione, la scorretta formazione delle classi, la disparità di trattamento all'interno di almeno una di esse, o la mancanza di un'utilità per ciascun creditore).

Sarebbe in definitiva assai più semplice e sistematicamente coerente parlare di inammissibilità in entrambe le lettere dell'art. 47, come non a caso fanno sia l'art. 7 che l'art. 112.

Analogamente, sarebbe preferibile che l'art. 47 utilizzasse un'unica espressione - la manifesta inidoneità del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati - per entrambe le tipologie concordatarie.

Del resto, la soddisfazione dei creditori come proposta dal debitore e la conservazione dei valori aziendali altro non sono che, per l'appunto, gli obiettivi propri del piano in continuità.

Quanto infine all'art. 112, fra le previsioni più articolate ed eccessivamente complesse dell'intera disciplina, potrebbe essere modificato, all'insegna dei canoni di chiarezza, semplicità e coerenza interna, come proposto con le presenti considerazioni.

A tale stregua:

la lett. c) dell'art. 7, c. 2, potrebbe essere così riscritta: “nella proposta siano espressamente indicate le ragioni dell'assenza di pregiudizio per i creditori”;

le lettere a) e b) dell'art. 47, c. 1, potrebbero essere unificate e riformulate come segue: “l'ammissibilità della domanda, incluse la corretta formazione delle classi e la parità di trattamento all'interno di ciascuna di esse, e la manifesta inidoneità del piano al conseguimento degli obiettivi prefissati”;

l'art. 112, c. 1, potrebbe modificarsi in questi termini: “Il tribunale omologa il concordato se verifica: a) la regolarità della procedura; b) l'esito della votazione; c) l'ammissibilità della domanda, inclusa la corretta formazione delle classi e la parità di trattamento all'interno di ciascuna di esse; d) in caso di concordato in continuità aziendale, che tutte le classi abbiano votato favorevolmente, che il piano non risulti privo della ragionevole prospettiva di impedire o superare l'insolvenza e di garantire la sostenibilità economica dell'impresa e che eventuali nuovi finanziamenti siano necessari per l'attuazione del piano e non pregiudichino ingiustamente gli interessi dei creditori; e) nel caso di concordato liquidatorio, la non manifesta inidoneità del piano al conseguimento degli obiettivi prefissati”.

Segue. Aspetti processuali (in particolare: i termini che il tribunale può concedere)

In materia di procedimento unitario l'aspetto più delicato riguarda l'eccessiva brevità del termine (fra 30 e 60 giorni) dell'art. 44, c. 1, lett. a). L'esperienza ha infatti dimostrato che questo lasso di tempo risulta insufficiente, specie nelle situazioni più complesse, per cui dovrebbe essere senz'altro consentita la concessione di un termine più ampio (da 60 a 90 giorni).

Altro problema rilevante messo in luce nella pratica attiene alla quantità di oneri posta dall'art. 44 a carico del debitore ai fini della presentazione del ricorso. Si è invero constatato che tale mole di attività ha l'effetto di ritardare la formale emersione della crisi, il che si pone in controtendenza rispetto a uno degli obiettivi fondamentali della riforma. Si dovrebbe pertanto espungere dal correttivo (art. 44, c. 1) l'onere di predisporre fin da subito un progetto di regolazione della crisi, il quale richiede appunto una non trascurabile quantità di tempo.

Quanto al procedimento di apertura del concordato preventivo *ex art. 47*, il codice della crisi ha tralasciato (a dispetto delle criticità già in passato segnalate in dottrina) riprodotto, al c. 4, la previsione secondo la quale il tribunale può concedere al debitore un termine non superiore a 15 giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti. La norma continua a caratterizzarsi per un'eccessiva brevità del termine, motivo per cui andrebbe stabilito che il termine sia non inferiore a 15 giorni e non superiore a 30 e che le integrazioni - ma sarebbe sicuramente opportuno parlare anche di “modifiche” - attengano pure all'attestazione e non solo al piano (sul punto, infatti, si è già registrato un contrasto nella più recente giurisprudenza di merito: cfr. Trib. Milano 15 settembre 2023 vs Trib. Brescia, 29 giugno 2023 e abstract allegati).

Anche il termine massimo di durata delle misure protettive nella composizione negoziata (art. 19, c. 4) potrebbe essere portato a 180 giorni, fermo ovviamente il limite della durata massima complessiva di 240 giorni ai sensi del comma successivo della norma.

Concordato preventivo

La disposizione più travagliata fra quelle sul concordato è notoriamente l'art. 84, la cui odierna formulazione risente ancora, in parte, degli effetti negativi del suo accidentato percorso.

Il riferimento è anzitutto alla c.d. clausola di funzionalità nel concordato in continuità indiretta (art. 84, c. 2), che risulta in palese eccesso di delega, oltre a non essere affatto imposta dalla Direttiva UE. Tale clausola comporta infatti un'irrazionale limitazione del ricorso all'istituto, in controtendenza con il favore normativo per la continuità anche indiretta. Senza dire dei problemi operativi e interpretativi sollevati da questa condizione, improvvidamente inserita in un correttivo antecedente al varo del codice e improntato a una "filosofia" diversa da quella che ha ispirato quest'ultimo. Pertanto, le parole "purché in funzione della presentazione del ricorso" andrebbero sicuramente espunte dall'art. 84, c. 2.

Proseguendo nella disamina dell'art. 84, nel c. 4 viene utilizzata un'espressione – "attivo disponibile" – piuttosto ambigua, che difatti ha già dato vita a letture divergenti. Essa andrebbe dunque sostituita con una formulazione più precisa, quale potrebbe essere "valore dei beni". Nel medesimo comma è prevista poi una soglia troppo alta di apporto esterno (10%), che ha finito per comportare nella pratica, come constatato da tutti gli operatori, un'abrogazione di fatto dell'istituto, in contrasto con la legge delega che intendeva invece mantenerlo. Sarebbe quindi assai opportuno portare tale soglia al 5%, che integra un incremento pur sempre apprezzabile a beneficio dei creditori, come invero prescritto dall'art. 6 della legge delega.

Nell'ottica di favorire la continuità aziendale, all'art. 112, c. 2, lett. d), n. 1), andrebbe contemplata, oltre all'ipotesi dello stralcio, anche quella del riscadenziamento, prevedendo che venga "offerto un importo anche non integrale del credito".

All'art. 98 andrebbe inoltre chiarito che i crediti prededucibili possono riferirsi anche a contratti stipulati anteriormente alla procedura, in coerenza con il disposto dell'art. 6.

Infine, all'art. 118 andrebbe senz'altro aggiunto un comma 1 bis al fine di chiarire un aspetto rilevante e delicato, cioè quello delle azioni esecutive e cautelari successive all'omologazione, che andrebbero espressamente "sterilizzate": pena una persistente incertezza interpretativa e il rischio di condotte opportunistiche di singoli creditori in danno della generalità del ceto creditorio.

Concordato nella liquidazione giudiziale

L'istituto del concordato nella liquidazione giudiziale è stato progressivamente valorizzato, al fine di consentire la chiusura del maggior numero possibile di procedure nell'interesse dei creditori, scongiurando ad un tempo le conseguenze negative della c.d. Legge Pinto.

Un aspetto che continua a disincentivare gli operatori, sotto il profilo sia dei tempi che dei costi connessi al rimedio in questione, sta nell'obbligo dell'imprenditore, sancito dall'art. 240, c. 4, di

chiedere al tribunale, già dotato di numerosi e penetranti poteri in materia, anche la nomina del professionista incaricato della relazione sulla falciabilità dei creditori privilegiati.

Sarebbe bene mantenere la norma circa la “relazione giurata di un professionista indipendente, iscritto nell’albo dei revisori legali, in possesso dei requisiti di cui all’art. 358”, eliminando però l’ulteriore dicitura “designato dal tribunale”. Appare invero preferibile prevedere la natura privatistica della designazione del professionista, risultando la scelta ad opera dell’imprenditore più celere ed economica, oltre a porsi in simmetria rispetto a quanto previsto dalla legge in tema di concordato preventivo.

Giurisprudenza

Il Tribunale di Milano sancisce la non emendabilità di un'attestazione gravemente lacunosa

Tribunale di Milano, 15 settembre 2023.

Data pubblicazione
04 ottobre 2023

Tribunale di Milano, 15 settembre 2023. Pres. Macchi. Rel. Giani.

Con questo sintetico ma rilevante provvedimento i giudici ambrosiani hanno affermato l'impossibilità di integrare (e a fortiori "rinnovare") *ex post* un'attestazione gravemente lacunosa e come tale inidonea al suo scopo. Di qui la reiezione, ai sensi dell'art. 47 CCII, dell'istanza di concessione di termine diretta a "emendare" un elaborato siffatto e il conseguente, rilevato, vizio di inammissibilità della domanda.

Il Tribunale ha anche riportato, in chiave evidentemente adesiva, il pensiero dei difensori della società circa l'impossibilità di ritirare e ripresentare la domanda di concordato, pena una inevitabile censura di abusività. Ritiro e ripresentazione che, oltre tutto, erano già avvenuti, nella specie, davanti al tribunale in precedenza adito e successivamente dichiaratosi incompetente.

È stata quindi fissata udienza per la declaratoria dello stato di insolvenza (con tanto di disclosure sui nominativi dei commissari nominati dal Ministero delle imprese e del made in Italy), alla quale può notoriamente farsi luogo, ex lege n. 270/1999, non solo su istanza dei creditori e del pubblico ministero ma anche d'ufficio, stante il carattere di *lex specialis* pacificamente riconosciuto alla disciplina sull'amministrazione straordinaria.

Giurisprudenza

Attestazione inidonea: il Tribunale di Brescia smentisce quello di Milano

Tribunale di Brescia, 29 giugno 2023.

Data pubblicazione
10 novembre 2023

Tribunale di Brescia, 29 giugno 2023. Pres. Bruno. Rel. La Malfa.

Con questo puntuale provvedimento, che si pone in linea con il *favor* normativo nei confronti della soluzione concordataria e con l'esigenza di "prevedibilità" delle decisioni, i giudici bresciani hanno correttamente consentito al debitore di presentare una nuova attestazione dopo che erano emersi forti dubbi sull'indipendenza del primo attestatore (carezza che rendeva l'elaborato *uti non esset*).

Viene in tal modo smentito il draconiano orientamento milanese, secondo il quale l'attestazione, per essere produttiva di effetti, deve fin dall'inizio risultare "perfetta" in tutti i suoi elementi formali e sostanziali, pena l'inammissibilità della domanda: una lettura dell'art. 47, c. 4, quest'ultima, che suscita più d'una perplessità sul piano interpretativo e che rischia, in concreto, di "affossare" un numero potenzialmente ampio di ricorsi diretti ad ottenere l'apertura del concordato.

Giurisprudenza

Parere (negativo) dell'esperto e nomina dell'ausiliario: un esempio di esercizio "virtuoso" del controllo giudiziale

Tribunale di Vicenza, 09 novembre 2023.

Data pubblicazione
17 novembre 2023

Tribunale di Vicenza, 09 novembre 2023. Pres. Limitone. Est. Saltarelli.

Con questo importante, ancorché sintetico, provvedimento il Tribunale di Vicenza ha fatto luogo alla nomina dell'ausiliario e alla fissazione dell'udienza di omologazione pur in presenza del parere negativo dell'esperto per asserita mancanza di buona fede nelle precedenti trattative; parere motivatamente criticato nel ricorso del debitore.

In tal modo si è correttamente demandata al giudizio omologatorio ogni valutazione sul punto, onerando l'ausiliario di verificare nel proprio parere "se la condotta tenuta dalla società in sede di trattative sia stata o meno conforme a correttezza e buona fede". Ferma l'ultima parola da parte del Tribunale su questo aspetto e sugli altri indicati dall'art. 25 sexies, c. 5, da pronunciarsi appunto in sede di omologazione.