

## **Concordato preventivo e *piccolo concordato* ex L. 3 del 2012: un incrocio possibile, anzi probabile.**

**di Raffaele D'Amora**

**SOMMARIO:** **1.** Il ricorso alternativo ai due moduli da parte dello stesso debitore: l'interpretazione eretica; l'interpretazione ortodossa; le ragioni della scelta; tempi e i modi della scelta; le ragioni di un incrocio possibile – **2.** Il ricorso alle procedure ex L. 3/12 da parte dei soggetti di cui all'art. 184, co. 1, secondo periodo – **3.** Il ricorso alle procedure ex L. 3/12 da parte dei soci di cui all'art. 184, co. 2: l'ambito di applicazione dell'art. 184, co. 2; il momento degli effetti modificativi e il debito sociale; l'ipotesi alternativa e la ragionevole esclusione del debito sociale; la trasmigrazione del *surplus*.

Il tema delle interferenze fra concordato preventivo e procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento si traduce nel tentativo di collegare una terra fertile, anche se non priva di eccessi perché talvolta si è trasformato l'uso in abuso (situazione cui ha cercato di mettere freno il legislatore della riforma 2013) e l'isola che non c'è o che ancora non c'è così come vorremmo.

Le ragioni dell'insuccesso della l. 3 del 2012 nella sua originaria formulazione probabilmente risalgono non tanto alla patologia della norma quanto a quella della sua interpretazione [sul punto R. D'Amora, *Aristotele, Holmes e i creditori estranei (note a margine della legge n. 3 del 2012)*, [www.osservatorio-oci.org](http://www.osservatorio-oci.org), 2012]

A ciò ha inteso porre rimedio il corpo di modifiche di cui al decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, conv. con L. 221/12, in vigore dal 18/1/13, che di quelle criticità, interpretative o normative che fossero, si è dato carico.

Che poi i risultati siano ancora inferiori alle aspettative è forse uno pseudo mistero (cui non sono estranei la complessità della legge, con rinvii interni contorti e talvolta errati – l'art. 14 quinquies co. 2 lett. f richiama un inesistente comma 5, lett. b dell'art. 14 ter invece che il comma 6 di detta norma - un presidio penale puntiglioso, anche più rigido rispetto a quello previsto in materia concordataria, uno scarso *appeal* economico per i professionisti).

Oggi però qualcosa si muove e l'argomento assume attualità (presso il Tribunale di Pistoia, ad esempio, risultano avviati 10 procedimenti ex L. 3/12 e in data 27.12.13 è stato omologato – sembra per la prima volta in Italia – un piano del consumatore)

Delle tre procedure allo stato previste (sono quattro se diamo autonomia a quella di

conversione), possiamo escludere dalla presente riflessione quelle relative al **consumatore**, in quanto siamo presumibilmente di fronte a forme di indebitamento di diversa natura.

Per affinità elettiva, ci interessa in modo particolare la **proposta di accordo** nell'ambito della procedura di composizione della crisi di cui alla prima sezione, trattandosi di un modulo rapportabile (con alternate semplificazioni e complicazioni procedurali) a quello concordatario di cui condivide la modalità di aggregazione del consenso e rispetto al quale le possibili interferenze sono significative e sensibili.

Il legislatore ha innovato la materia concordataria, in particolare introducendo l'istituto del *preconcordato*, e modificato la L. 3/12 con decretazioni di urgenza che si collocano in un arco ravvicinato di pochi mesi (giugno/ottobre 2012): avremo modo di chiederci se vi sia stata una visione comune alla base del duplice intervento, per cui gli istituti concordatari e quelli di composizione della crisi da sovraindebitamento debbano essere letti non come autonomi, separati e autoreferenziali, ma come collegati da un sottile, ma robusto, *file rouge*.

Tre sono i possibili poli su cui condurre la riflessione.

### **1) Il ricorso alternativo ai due moduli da parte dello stesso debitore.**

L'alternativa fra piano di concordato e proposta di accordo nell'ambito della procedura di composizione della crisi sembra apparentemente esclusa dalla griglia soggettiva di accesso per quest'ultima prevista dalla norma di esordio di cui all'art. 6, co. 1 L. 3/12), griglia individuabile in termini negativi ovvero per sottrazione di *qualità* giuridica [M. Ferro, *L'insolvenza civile*, in *Sovraindebitamento e usura*, a cura di Massimo Ferro, Milano, 2012, 68-70]: situazioni non soggette (in concreto e, dunque, attualmente) né assoggettabili (in astratto, pur in assenza di una effettiva procedura pendente) a procedure concorsuali "diverse da quelle regolate dal presente capo" (in precedenza: "vigenti procedure concorsuali").

Si tratterebbe di una distinzione talmente netta da riservare l'accesso alle procedure di cui alla L. 3/12 ad una categoria di soggetti residuale, con esclusione degli imprenditori commerciali sovradimensionati ai sensi dell'art. 1 L.F.

Ma è proprio così o, meglio, è *ancora* così?

#### L'interpretazione eretica.

In realtà l'art. 6 L. 3/12, in quanto norma assertiva delle finalità della legge, poteva (e

può) ben indicare la platea dei soggetti ai quali elettivamente la legge si rivolge (in definitiva, la *ratio legis*), ma per sua natura (finalità e definizioni) la norma era ed è forse inidonea a creare veri e propri presupposti di ammissibilità/inammissibilità.

Ciò è tanto vero che l'art. 7 (sui presupposti di ammissibilità) al comma 2, lett. A, replicava la previsione considerando la "non assoggettabilità" (criterio che assorbe quello della "soggezione") alle procedure previste dall'art. 1 LF l'elemento costitutivo della griglia soggettiva di accesso e, dunque, presupposto di ammissibilità *tout court*.

Dunque, l'esclusione nasceva non dalla norma programmatica dell'art. 6, ma da quella operativa dell'art. 7, come testualmente confermato dall'art. 10, co. 1, secondo il quale allo scrutinio di ammissibilità del giudice in sede di emissione del decreto di fissazione dell'udienza era (e attualmente ancora resta) estranea una verifica ai sensi dell'art. 6.

Ma a seguito della modifica operata dal D.L. 179/12, la norma dell'art. 7 è mutata: non solo per la sua formulazione ora *a contrariis* e in negativo ("la proposta *non* è ammissibile") e per il riferimento a "procedure concorsuali diverse da quelle regolate dal presente capo" (variazione diretta a togliere ogni dubbio sulla natura concorsuale delle procedure di composizione ex L. 3/12), ma soprattutto risulta sostituito il presupposto della mancata "assoggettabilità" con quello della mancata "soggezione". Se le parole hanno un senso (e qui parrebbero averne, considerando la diretta sostituzione del termine nell'ambito della stessa norma e il mantenimento della distinzione nella sede programmatica di cui all'art. 6), si dovrebbe concludere che la griglia selettiva di accesso, prima individuabile per sottrazione di qualità giuridica, lo è ora per sottrazione di *status* giuridico/concorsuale: dal "puoi accedere se non sei" al "puoi accedere se non hai" ovvero se non hai in corso altra procedura concorsuale, irrilevante essendo la tua qualità soggettiva.

Non interesserebbe che il debitore sia assoggettabile, ma solo che non sia **al momento soggetto** ad altre procedure concorsuali "diverse", mentre non sarebbe preclusivo l'essere in concreto ancora soggetto alle stesse procedure previste dal capo I (ex capo II), salvo il divieto di recidiva infraquinquennale di cui alla lettera B, comma 2, dell'art. 7.

Diversamente per l'imprenditore agricolo che, in base alla disposizione di favore di cui al comma 2 bis dell'art. 7 (che, per altro, non richiama quella di cui alla lett. A del comma secondo), avrebbe diritto di accesso ancorché in concreto ancora soggetto ad una procedura di AdR (consentitagli ai sensi dall'art. 23, co. 43, D.L. 98/2011 conv. nella L. 111/2011).

In questa sorprendente, ma non imprevedibile ottica, che accredita il legislatore (come meglio vedremo) di una visione unitaria nel duplice intervento riformatore dei mesi giugno/ottobre 2012, trova più plausibile giustificazione sistematica la norma (prima di assai contorta interpretazione) di cui all'art. 12, co. 5 sulla possibilità di fallimento successivo.

Allo stesso modo, la riserva di accesso esclusivo alle procedure ex L. 3/12 per le **Start Up innovative** (art. 31, co. 1, D.L. 179/12 conv.) non costituirebbe uno strappo sistematico in quanto integrerebbe una *deroga per esclusione* (dalle procedure ex art. 1, coerentemente collocabile nel solco già aperto dalla modifica 2006/2007 dell'art. 1 il cui senso fondante è stato la riduzione della platea dei soggetti fallibili), ma non anche un *deroga per inclusione* di un soggetto potenzialmente sovradimensionato in un'area statutariamente ad esso estranea.

Ultimo, ma non per ultimo, il Regolamento CE 29/5/2000 n. 1346 non opera alcuna distinzione fra le figure di debitore, se cioè commerciale o civile.

Se tutto ciò è vero, allora non sembra implausibile affermare la possibilità di una più ampia libertà di circolazione all'interno delle procedure concorsuali, salvo i divieti di recidiva posti da specifiche disposizioni, con **inedita permeabilità soggettiva delle procedure ex L. 3/12**, che si aprirebbero anche agli imprenditori sovradimensionati ex art. 1 L.F.

In questa ottica, la possibilità di selezione alternativa fra le due procedure da parte dell'imprenditore sarebbe a **360 gradi**.

#### L'interpretazione ortodossa.

E' doveroso, tuttavia, non trascurare il terreno più tranquillizzante della interpretazione tradizionale e ritenere possibile che nulla sia cambiato (perché il legislatore non è così sofisticato da valutare fino in fondo il peso e il significato della parola) per cui il presupposto soggettivo di accesso resti riferibile anche alla astratta assoggettabilità dovendosi in ogni caso applicare la disposizione dell'art. 6, co. 1, intesa con valenza precettiva e non solo programmatica e attribuendo a mera sciatteria il mancato richiamo a tale norma nella disposizione di cui all'art. 10, co. 1.

Anche in questa ottica, tuttavia, la questione della possibile alternativa si pone in modo significativo in quanto una griglia di accesso pur modellata sulla astratta assoggettabilità consente l'individuazione di una ampia zona grigia nella quale possono collocarsi soggetti la cui netta appartenenza all'area di inclusione o a quella di esclusione appare

*borderline* (come confermato, ancora una volta, dall'art. 12, co. 5 sulla possibilità di fallimento successivo): si pensi all'imprenditore cancellato, all'imprenditore con debiti scaduti e non pagati inferiori a E. 30.000 (quesiti con risposte divaricate nella ricerca OCI 2013 su "Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione"), alle situazioni in cui l'accertamento del sottodimensionamento è ambiguo (come nel caso di contabilità semplificata o in quello in cui la sostituzione del bilancio più remoto con quello più recente intervenuto durante la fase di messa a punto della proposta e del piano definitivi, o comunque in fase antecedente quella di ammissione, alteri la qualità soggettiva dell'imprenditore); si pensi ancora all'imprenditore agricolo che diviene soggetto fallibile allorché se ne possa predicare la natura commerciale, ma anche al variegato mondo del cd "terzo settore" ovvero quello degli enti *no profit* la cui eventuale riconduzione allo statuto dell'imprenditore commerciale allorché svolgano attività di impresa costituisce un percorso problematico, ma possibile.

La questione assume ulteriore e attuale rilevanza proprio in relazione alle Start Up innovative in quanto considerate soggetti non fallibili ex art. 31, co. 1 D.L. 179/12, ma la cui inclusione in tale catalogo appare legata a presupposti complessi (anche volontaristici), non stabili nel tempo.

Per tutti questi soggetti la possibilità di predisporre piani alternati è ragionevole e, persino, prudentiale: spesso la scelta finale della opzione da praticare potrà essere influenzata da ragioni di opportunità.

E' appena il caso di rilevare che, se il requisito soggettivo pone solo limitazioni (ammesso che ne ponga), ma non esclude la possibilità di interferenze, neppure significativi problemi si evidenziano per quanto attiene al requisito oggettivo che, seppure in termini semplificatori, può dirsi comune alle procedure di riorganizzazione.

Altri sono i nodi da sciogliere nel momento in cui il debitore si pone davanti all'alternativa fra concordato preventivo e procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento mediate accordo con i creditori di cui all'art. 10 L. 3/12.

#### Le ragioni della scelta.

L'imprenditore che si trovi davanti al bivio, nell'operare la scelta più opportuna, dovrà tenere conto di una serie di significative differenze procedimentali e sostanziali fra le due procedure, la cui **neutralità** ovvero valenza favorevole o sfavorevole sarà spesso condizionata alla concreta ipotesi di ristrutturazione che si intenda proporre.

In sintesi, possono evidenziarsi i seguenti **9 punti** di attenzione e di opportuno raffronto (ma altri ve ne possono essere).

1) L'art. 9 L. 3/12 non ripropone la norma antielusiva di cui all'art. 161, co. 1, con la conseguenza che non risulta scoraggiato, nella procedura "minore", il *forum shopping*. Un'opportunità non trascurabile in un contesto in cui i tribunali si rivelano ancora come repubbliche autarchiche accreditando interpretazioni localistiche, spesso antinomiche.

2) L'ampia libertà di contenuti che può assumere il piano concordatario si riproduce in quello del sovraindebitato, ma qui forse con più accentuata assenza di vincoli. Infatti:

a) è possibile la formazione delle classi ma in modo libero ovvero senza il limite della identità di posizione giuridica e della omogeneità degli interessi economici, con possibile non applicazione analogica della regola di cui all'art. 160, co. 1, lett. C (ovvero possibilità di differenze di trattamento pur in presenza di aggregazioni di creditori caratterizzate da identità di posizione giuridica e omogeneità di interessi).

Il concetto di *par condicio*, residuale pur nel concordato preventivo [C 3274/2011], appare ancora più sfumato nella procedura di composizione.

b) Ugualmente non è riprodotto il divieto di alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione, che, se implicito allorché si tratti di distribuire solo risorse appartenenti al debitore (ché altrimenti sarebbe certo l'esito favorevole della opposizione di convenienza ex art. 12, co. 2), non appare per nulla scontato in caso di finanza esterna (art. 8, co. 2), laddove in ambito concordatario potrebbe valere l'interpretazione restrittiva di recente adottata dalla S.C. [C 9373/12].

3) Per converso, identico essendo il trattamento dei crediti privilegiati, nella procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento si assiste ad una moltiplicazione dei crediti protetti: i crediti impignorabili ex art. 545 c.p.c. da pagarsi regolarmente (art. 7, co. 1), i tributi costituenti risorse proprie dell'UE e l'IVA solo dilazionabili (a fronte del variegato panorama interpretativo in tema di IVA nel concordato preventivo); i crediti delle PA e degli enti previdenziali e assistenziali, che prevedono un regime rigido di adempimento (pagamento integrale secondo il piano entro 90 giorni dalle scadenze previste, in mancanza del quale l'accordo cessa di diritto di produrre effetti).

Ne deriva che la qualità dell'indebitamento costituisce significativo criterio di selezione della tipologia di procedura da ritenersi più opportuna.

4) Non si rinviene nella L. 3/12 un istituto analogo a quello previsto dall'art. 169-bis per cui lo scenario concordatario appare, ove si prospetti come alternativo, più appetibile quando il debitore intenda liberarsi dal vincolo dei contratti in corso di esecuzione.

E' pur vero che, ove si adotti l'interpretazione del Tribunale di Pistoia [T Pistoia 9 luglio 2013, *www.ilcaso.it*, I, 9381/2013], nulla vieterebbe che il piano posto a base della procedura di composizione preveda uno scioglimento dai contratti con efficacia condizionata all'omologa, trattandosi di un legittimo aspetto della proposta, presidiato dalla opposizione per difetto di convenienza per quanto attiene alla tutela del contraente *in bonis*.

5) La possibilità di un accordo che preveda la continuità d'impresa è ora formalmente riconosciuta dall'art. 8, co. 4 L. 3/12, con collegata norma di favore sulla possibile moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei crediti privilegiati (beneficio esteso *tout court* al piano del consumatore). Il confronto con l'art. 186-bis sembra favorevole alla procedura di composizione, qui non essendo richieste (oltre alla comune attestazione di fattibilità da parte dell'organismo di composizione della crisi) le specifiche attestazioni di cui alle lettere A e B del comma secondo dell'art. 186-bis, con la conseguenza di un accesso semplificato a tale tipologia di procedura.

Tuttavia, la mancata riproduzione nell'art. 8, co. 4 di una regola sull'assenza del diritto di voto analoga a quella di cui alla lettera C del comma secondo dell'art. 186-bis pone alcuni dubbi sul trattamento di tali creditori in sede di procedura di composizione: non è chiaro se essi abbiano o meno diritto al voto, anche considerando la formula di esclusione del voto dei soli privilegiati di cui all'art. 11, co. 2 (coloro per i quali si prevede il pagamento "integrale"). Di conseguenza, resta altresì dubbia la possibilità di una moratoria ultrannuale da compensarsi col diritto di voto, soluzione, invece, accreditabile nel concordato preventivo.

6) La regola che presidia il raggiungimento del consenso appare in prima battuta più favorevole nel concordato preventivo che non prevede una maggioranza qualificata come quella del 60% richiesta dall'art. 11, co. 2. Tuttavia, tale considerazione appare neutralizzata dall'ulteriore passaggio della irrilevanza nella procedura minore della formazione delle classi ai fini del perfezionamento dell'accordo, non richiedendosi l'ulteriore requisito del consenso della maggioranza delle classi, come previsto dall'art.

177, co. 1, secondo periodo, l.f.

Ne deriva che, diversamente rispetto al concordato preventivo, nella procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento lo strumento della formazione delle classi assume rilievo come modalità di distribuzione delle risorse e, indirettamente, di *induzione* del consenso, ma non anche quale modulo di *formazione* del consenso.

E' appena il caso di rilevare che, a seguito delle ultime modifiche degli art. 177 l.f. e 11 L. 3/12 le modalità di perfezionamento dell'accordo sono sostanzialmente omogenee (con semplificazione nella procedura minore, che non prevede il modulo bifasico) ed in entrambe si assiste alla trasformazione del creditore inerte in creditore consenziente.

7) In entrambe le procedure (art.180, co. 4, secondo periodo e art. 12, co. 2, secondo periodo) il consenso raggiunto può essere neutralizzato da una opposizione di convenienza (cd *cramdown*), ma l'assenza del voto di classe sembrerebbe esporre maggiormente la procedura di sovraindebitamento agli effetti di un tale rimedio, aperto a qualsiasi creditore non aderente o escluso e a qualsiasi interessato e non solo al creditore dissenziente di classe dissenziente ovvero, in caso di concordato senza classi, ai creditori dissenzienti che rappresentino almeno il 20% dei crediti ammessi al voto. Tuttavia, tale conclusione sfavorevole alla procedura di composizione presuppone, in ambito concordatario, una parificazione fra convenienza generale della proposta e convenienza del trattamento previsto per il singolo creditore, lettura che non sembra del tutto scontata.

8) Un punto a favore segna il concordato preventivo per quanto attiene alla fase successiva all'omologa, posto che la patologia della procedura in tale fase è affidata solo alla norma di cui all'art. 186, di debole e, comunque, problematica attuazione specie nel concordato liquidatorio.

Altra musica è quella della procedura di composizione per la quale è prevista una patologia variegata ed invasiva. Oltre alla corrispondente norma di cui all'art. 14 L. 3/10, si segnalano ulteriori e specifici strumenti di emersione di patologie funzionali: la cessazione degli effetti dell'accordo per irregolarità di pagamento dei crediti della PA e degli Enti assistenziali e previdenziali (art. 11, co. 5, primo periodo); la revoca dell'accordo per compimento di atti di frode (art. 11, co. 5, secondo periodo); la cessazione degli effetti obbligatori per i creditori anteriori in caso di mancato pagamento dei crediti impignorabili, dell'IVA e dei crediti costituenti risorse proprie

dell'U.E. (art. 12, co. 4).

Si può, dunque, affermare che un concordato omologato appare **più stabile** di un accordo di sovraindebitamento omologato.

9) La fase evolutiva in fallimento di entrambe le procedure, dopo il D.L. 179/12, appare omogenea avendo l'art. 12 L. 3/12 introdotto la stabilità degli atti esecutivi, con esenzione da revocatoria analoga a quella prevista dall'art. 67, co. 3, lett. e).

Ugualmente (secondo periodo della norma citata) è ora prevista la **prededucibilità** a norma dell'art. 111 LF dei finanziamenti in esecuzione o in funzione dell'accordo omologato, norma che indirettamente e in probabile collegamento con la regola autorizzatoria di cui all'art. 10, co. 3 bis introduce anche nella procedura di composizione l'istituto del finanziamento stabile e protetto già all'interno della procedura stessa (si veda la soddisfazione con "preferenza" introdotta dall'art. 13, co. 4 bis). L'argomento, certamente complesso, si presta ad approfondimenti estranei alla presente riflessione.

Non credo, invece, che si ravvisano significative diversità fra le due procedure nel trattamento dei crediti risarcitori. Infatti, se è vero che l'esdebitazione che la persona fisica può ottenere in base alla legge n. 3 del 2012 (art. 14-terdecies, co. 3) non copre i crediti risarcitori, è anche vero che le disposizioni sulla esdebitazione riguardano ovviamente le sole procedure di cui alla seconda sezione della legge stessa (in perfetto parallelismo con l'art. 142 l. fall.) e non anche quelle di composizione della crisi.

In conclusione le *ragioni della scelta* non sembrano preventivamente ed in astratto orientabili verso l'una o l'altra procedura, ciascuna presentando peculiarità che possono essere lette come vantaggi e svantaggi a seconda della situazione concreta del debitore insolvente.

Tuttavia, su un punto cruciale parrebbe evidente la **subalternità** della procedura di sovraindebitamento rispetto alle altre ipotesi di ristrutturazione.

Queste ultime collegano gli effetti protettivi del patrimonio dalle aggressioni dei creditori al semplice fatto della pubblicazione della domanda (di concordato ex art. 168, dovendo la pubblicazione del ricorso intervenire entro il giorno successivo al deposito in cancelleria; di omologa di un accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis, co. 3), laddove lo stesso effetto si verifica nella procedura di composizione solo a seguito del decreto del giudice ai sensi dell'art. 10, co. 2 (effetto, per altro, non esteso alla

sterilizzazione delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni anteriori): si evidenzia, dunque, una significativa **asimmetria** fra un sistema caratterizzato dall'*automatic stay* ed un altro subordinato ad un *judicial order* che può intervenire anche dopo il decorso del termine dilatorio di 15 giorni previsto dall'art. 9, co. 3 ter, senza contare l'eventuale fase di preventiva interlocazione eventualmente ritenuta necessaria dal giudice.

L'asimmetria diventa **antinomia** ove si consideri che, anche nel corso delle trattative e della predisposizione della proposta e del piano, nelle procedure di ristrutturazione "maggiori" è possibile l'**anticipazione** degli effetti protettivi: nel concordato preventivo ai sensi dell'art. 161, co. 6, nell'accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 bis co. 6, quando non anche, e più semplicemente, in virtù della prima norma stante la consentita passerella fra il *preconcordato* e l'accordo di ristrutturazione.

La mancata individuazione di analogo sistema di protezione nella procedura di composizione costituisce elemento di debolezza di quest'ultima rispetto agli altri modelli di ristrutturazione e, forse, la ragione non ultima della sua scarsa diffusione.

Costituisce, inoltre, un'**aporia sistemica**, attesa la non più discutibile qualificazione della procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento quale procedura concorsuale/concordataria.

Vedremo fra breve se è possibile superarla

#### I tempi e i modi della scelta.

La subvalenza della procedura di composizione, ricavabile dall'art. 6, co. 1 e soprattutto dall'art. 7, co. 2, lett. A, oltre che dalla previsione di successivo fallimento ex art. 12, co. 5, dovrebbe rendere improponibile tale procedura in pendenza di concordato preventivo o di fallimento (a prescindere dalla presenza eventuale dei requisiti di accesso), oltre che di un accordo di ristrutturazione pur se è ancora controversa la sua qualificazione quale procedura concorsuale.

Non così per la pendenza di semplice procedura prefallimentare (essendosi con essa ancora ai margini esterni della concorsualità) e, per le stesse ragioni, per la pendenza di concordato con riserva. La concessione del termine non sembra comportare la soggezione preventiva ad una procedura concorsuale, in particolare ad una procedura concordataria *tout court* (stante la non identità causale fra concordato preventivo e preconcordato. Sulla non identità fra concordato preventivo e concordato con riserva: T Reggio Emilia 9.8.2013).

Al contrario, non vi sono preclusioni di ordine procedimentale alla presentazione di una

domanda di concordato (o di accordo di ristrutturazione) in pendenza di una di composizione.

Tuttavia, non è sfuggito [M. Ferro, *L'insolvenza civile*, in *Sovraindebitamento e usura*, a cura di Massimo Ferro, cit., 70-72] che siamo in presenza di ipotesi di riorganizzazione destinate a contendersi lo stesso patrimonio, per cui potrebbe valere la regola della *prevenzione* (con conseguente impossibilità di avviare un istituto in pendenza dell'altro) o dell'*assorbimento* (per cui la procedura più segregativa del patrimonio rende l'altra improcedibile, pur se avviata) e, in questa ottica, la scelta fra le procedure concorrenti finirebbe per essere quasi sempre preventiva e ispirata al criterio della alternatività, apparendo problematica, anche se non esclusa, una “scansione coordinata” con promozione sequenziale di procedure di diversa tipologia.

In ogni caso, non resterebbe preclusa la facoltà di proporre un piano di concordato, prevedendo **in via subordinata** (per il caso di inammissibilità del primo per difetto del requisito soggettivo, ma anche di semplice rinuncia) una domanda di accordo di composizione.

La possibilità di coordinare più domande di modo che quella proposta in via subordinata possa costituire un possibile **scudo** rispetto alla inammissibilità di quella principale non pare ipotesi fuori del sistema. Così non sembrerebbe imprevedibile la presentazione di un concordato in continuità, con **subordinata domanda di concordato liquidatorio** ove ritenuto inammissibile il primo oppure una domanda di concordato con subordinata domanda di concessione del termine ex art. 161, co. 6 (in questo senso si è espressa una parte, seppure minoritaria, dei giudici intervistati nella risposta al quesito n. 65 della ricerca OCI 2013 su “Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione”).

#### Le ragioni di un incrocio possibile.

Le precedenti considerazioni sulla possibilità di una scansione coordinata e sequenziale fra procedure tipologicamente diverse ci pongono di fronte all'aspetto più significativo e denso di prospettive che caratterizza il tema delle interferenze fra procedure.

Abbiamo visto che l'assenza di protezione nella fase di predisposizione della proposta e del piano fino al decreto di cui all'art. 10, co. 2 L. 3/12 costituisce una grave criticità e un'aporia sistematica.

E' possibile superare l'una e l'altra?

Lo è se riteniamo sussistente il filo rosso di collegamento fra gli interventi riformatori del 2012, per cui il legislatore del concordato con riserva non può avere ignorato la

medesima esigenza che sottende le procedure ex L. 3/12.

Fuori di questa ottica, appare difficile comprendere la riserva esclusiva di cui all'art. 31, co. 1 D.L. 179/12 che finirebbe per **penalizzare** e non favorire le **Start Up innovative**: a queste ultime sarebbe riservata la sola procedura che non prevede la protezione nella fase prodromica e che esclude il ricorso ad istituti di favore, quali quelli previsti dall'art. 182-quinquies e forse anche dall'art. 169-bis.

Il possibile sospetto d'illegittimità costituzionale dell'art. 31, co. 1 (per manifesta irragionevolezza) verrebbe superato se si accreditasse la possibilità di **una evoluzione del preconcordato nella procedura di accordo** di composizione della crisi, lo stesso transito addirittura normativamente previsto in favore dell'accordo di ristrutturazione, che secondo accreditata dottrina nemmeno sarebbe una procedura concorsuale.

Si tratterebbe, in realtà, di un'interferenza del tutto fisiologica (assai più di quella fra preconcordato e accordo di ristrutturazione) e che neppure richiederebbe particolari riempimenti della norma per via interpretativa.

Il debitore - facente parte del più o meno ampio **catalogo di soggetti borderline** di cui si è detto e che, come tale abbia avuto accesso al preconcordato, fermo restando che lo scrutinio del requisito soggettivo nella fase di concessione del termine di cui all'art. 161, co. 6 costituisce nulla più che una tesi, per quanto accreditata - che, alla scadenza del termine ex art. 161, co. 6, depositasse una proposta ed un piano finalizzato ad un accordo di composizione della crisi in realtà null'altro farebbe che **completare una domanda di concordato**, posto che sembrano esservi pochi dubbi sulla iscrizione della procedura ex art. 10 L. 3/12 all'interno del modulo concordatario (un *concordato minore*, potrebbe dirsi).

Questo debitore godrebbe della protezione di cui all'art. 168 l.f. con il breve intervallo temporale, ma più probabilmente in continuità fino al decreto di cui all'art. 10 L. 3/12, avrebbe nel contempo accesso agli istituti di cui all'art. 182-quinquies, potrebbe addirittura chiedere ex art. 169-bis l'autorizzazione allo scioglimento dai contratti in corso con effetti sostanziali e definitivi (tale essendo allo stato l'interpretazione più diffusa dell'istituto) almeno presso quei tribunali che la consentono anche in fase preconcordataria.

Il transito fra concordato ex artt. 160 e 161 l.f. e *concordato* ex artt. 7 e 10 L. 3/12 pone alcuni **interrogativi procedurali** (non esclusi, per altro, anche nella passerella preconcordato/accordo di ristrutturazione).

E' possibile ritenere che, alla scadenza del termine ex art. 161, co. 6, la selezione dei

requisiti di accesso alla procedura minore sia effettuata direttamente dal Collegio, che in caso di scrutinio positivo fisserebbe l'udienza ex art. 10, co. 1, avanti il giudice delegato alla procedura con decreto avente i contenuti di cui al comma 2 (in particolare la disposizione di cui alla lettera C sulla protezione del patrimonio).

In alternativa, il Collegio rimetterebbe gli atti al giudice delegato alla procedura che provvederebbe direttamente ai sensi dell'art. 10.

Probabilmente il Collegio, così come ipotizzabile nel caso di deposito di domanda di omologa di un accordo di ristrutturazione, pronuncerebbe un non luogo a provvedere sulla domanda di concordato ai sensi dell'art. 160 l.f.

In ogni caso, troverebbe applicazione **l'istituto della conservazione degli effetti del ricorso** (ivi compresi quelli protettivi di cui all'art. 168), espressamente previsto solo per l'ipotesi di transito fra concordato e accordo di ristrutturazione dall'ultimo periodo del VI comma dell'art. 161.

Pertanto, se si condivide questa interpretazione, per un verso si superano le antinomie sistematiche fra procedure concorsuali diverse, per un altro si rende il percorso della procedura di sovraindebitamento più amichevole e non recessivo rispetto ad alternative ipotesi di ristrutturazione.

## **2) Il ricorso alle procedure ex L. 3/12 da parte dei soggetti di cui all'art. 184, co. 1, secondo periodo.**

Il tema delle interferenze fra procedure interessa ora, mutato il punto di vista, la procedura di ristrutturazione (in ipotesi quella concordataria) avviata dal debitore principale e quella (in ipotesi ex L. 3/12) che si prospetti da parte dei soggetti statutariamente responsabili – con lui o per lui – dei debiti dell'imprenditore ai sensi dell'art. 184 l.f. co. 1, secondo periodo.

Tale ultima circostanza, ma ancor prima il suo presupposto oggettivo ovvero lo stato di sovraindebitamento del terzo responsabile, non è indifferente nell'allestimento del piano concordatario del debitore principale.

Nel concordato con classi è tipica la formazione di una classe di creditori con garanzie esterne, che, se capienti o nella misura in cui lo siano, inducono ad offrire una soddisfazione ridotta (rispetto alle altre classi, pur omogenee quanto a posizione giuridica), talvolta puramente simbolica come prassi insegna.

Tali opportunità potrebbero risultare compromesse se il garante o il coobbligato, a sua

volta in stato di sovraindebitamento, propone una procedura di composizione ex L. 3/12 (ragionevolmente una proposta di accordo di ristrutturazione ex artt. 7 e 10, essendo poco plausibile che in presenza della assunzione di debiti collegati all'esercizio di impresa, seppure non proprio, possa dirsi integrato il presupposto oggettivo per la presentazione del piano del consumatore ai sensi dell'art. 6, co. 2 lett. B o che, in ogni caso, possa superarsi la griglia di meritevolezza di cui all'art. 12 bis, co. 3).

Per il resto, sotto il profilo dell'allestimento dei rispettivi piani, l'interferenza fra le due procedure, che devono considerarsi autonome ancorché suscettibili di una trattazione coordinata, sembrerebbe modesta stante la regola posta dal primo comma dell'art. 184 l.f., replicata, *mutatis mutandis*, dall'art. 11, co. 3.

In concreto, gli effetti modificativi della procedura di ristrutturazione non si estendono ai coobbligati, al fideiussore e agli obbligati in via di regresso, nei confronti dei quali i creditori conservano impregiudicati i loro diritti ovvero la pretesa di soddisfazione dell'intero credito, come confermato dalla più perspicua disposizione di cui all'art. 135, co. 2 l.f. in tema di concordato fallimentare. Si tratta di una deroga, sia sostanziale che processuale, alla disciplina comune prevista dagli artt. 1301 e 1941 c.c., giustificata sia dal carattere in parte pubblicistico della procedura di ristrutturazione, sia dalla impossibilità di qualificare come remissione l'effetto esdebitatorio favorevole al debitore (C 11200/03).

Ne consegue che i soggetti statutariamente responsabili dei debiti dell'impresa finiscono per sopportare per intero le conseguenze della crisi dell'imprenditore, mentre il loro credito di regresso subirà la falcidia concordataria (essi, infatti, dovranno essere considerati quali creditori anteriori condizionati nei confronti dei quali il concordato spiega efficacia).

Tali regole, reciprocamente valide, dovranno essere considerate in sede di allestimento della proposta e del piano di ciascuna delle procedure interferenti e contribuiranno a determinare l'attivo e il passivo.

Conclusioni diverse potrebbero accreditarsi rispetto ad alcune categorie particolari di coobbligati in solido, quali il terzo datore d'ipoteca, rammentando che, seppure ad altri fini, la Cassazione ha ritenuto, in un recente arresto [C 7978/2011], di escludere il terzo datore d'ipoteca dalla categoria del coobbligato solidale (escludendo per questi la possibilità dell'esercizio del diritto di regresso per l'intero credito sino al totale pagamento dello stesso). La qualificazione del terzo datore d'ipoteca quale soggetto non debitore in senso proprio ma come obbligato senza debito, potrebbe anche portare ad

escludere la sua riconduzione nella categoria dei coobbligati, con la conseguenza che il concordato potrebbe valere, quanto agli effetti esdebitatori, anche nei suoi confronti.

La stessa problematica si ripropone per il terzo acquirente di un bene ipotecato a garanzia di un credito concorsuale, potendo apparire dubbia la sua inclusione fra i soggetti di cui all'art. 184 l.f. (in senso contrario alla inclusione: A. Milano 29.11.85. Su tali specifici temi, la ricerca OCI 2013 ha evidenziato da parte dei giudici di merito opinioni opposte in misura sostanzialmente paritaria).

Resta che in presenza di coobbligati riconducibili alla previsione dell'art. 184 co. 1 (e, per converso, dell'art. 11, co. 3 L. 3/12) il vero problema è quello della legittimità di un piano che, tenuto conto di quello interferente e parallelo dell'altra procedura, rimoduli il trattamento del credito tenendo conto della possibilità di soddisfazione che il medesimo è destinato a ricevere nel contesto coordinato di entrambe le procedure. Un siffatto modo di procedere (nella sostanza *non ideologicamente diverso* da quello che propone in sede concordataria una soddisfazione minore o irrisoria per i crediti che trovino piena capienza esterna in sede non concorsuale) appare coerente con l'ampia varietà del possibile contenuto della proposta di ristrutturazione e trova il suo limite e criterio conformativo nella incrociata possibilità di esperimento di una opposizione di convenienza. Non si tratta di alterare la regola di cui all'art. 184, co. 1, secondo periodo, ma di adeguare l'astratta possibilità di pretesa di un pagamento integrale alle concrete possibilità di attuazione della garanzia patrimoniale.

Questione attuale nel nuovo quadro della disciplina del concordato, che può prevedere le più diverse forme di soddisfacimento, è quello relativo alla misura dell'obbligazione per i coobbligati del debitore, nel caso in cui la proposta concordataria non indichi una misura percentuale di soddisfacimento, bensì una ristrutturazione del debito **in forme diverse** dal pagamento.

Per tale ipotesi, sempre con riferimento alla ricerca OCI del 2013 sono state selezionate le seguenti opzioni: la prima nel senso che, se non vi è indicazione di percentuale, il debito deve intendersi integralmente soddisfatto, e dunque i coobbligati integralmente liberati con il concordato (14,8%); la seconda, all'opposto suggerisce l'ipotesi per cui i coobbligati non vengono neppure in parte liberati, non essendo intervenuto alcun pagamento (14,8%); quella con adesioni maggioritarie (70,4%), ritiene che debba essere effettuata una conversione dell'indice di soddisfacimento in una percentuale del credito, in modo da attribuire una misura all'obbligazione dei fideiussori e dei garanti.

### **3) Il ricorso alle procedure ex L. 3/12 da parte dei soci di cui all'art. 184, co. 2 (illimitatamente responsabili).**

Più complessa forse, ma densa di ricadute pratiche, è l'ipotesi di interferenze fra insolvenza/crisi della società (che intenda, pertanto, predisporre un piano di concordato) e lo stato di sovraindebitamento, anche consequenziale, del socio illimitatamente responsabile (che intenda, come ritenuto possibile dalla interpretazione largamente maggioritaria, accedere alla procedura di composizione ex L. 3/12 senza escludere, in presenza dei presupposti, l'accesso ad una autonoma procedura concordataria).

Regola di partenza, pur espressamente derogabile in virtù di patto contrario (probabilmente tale da coinvolgere tutti i creditori: C s.u. 3749/89), è quella di cui all'art. 184, co. 2 l.f. (“*il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili*”), norma che ha attraversato le molteplici riforme del concordato restando immutata.

Qual è il senso di tale regola?

La dottrina e la giurisprudenza maggioritaria, superando un indirizzo interpretativo risalente e di segno contrario, escludono che il concordato della società si estenda ai soci illimitatamente responsabili e coinvolga il loro patrimonio personale, stante la natura eccezionale della norma di cui all'art. 147 l.f.: ciò anche per la valenza dell'art. 184, da intendersi limitata alle sole obbligazioni sociali, e per le difficoltà che si prospetterebbero nel raccordare, nel silenzio normativo, la volontà espressa dai creditori sociali e quella espressa dai creditori particolari.

Tale conclusione, mentre non impedisce che il patrimonio dei soci (o parte di esso, specie in presenza di creditori particolari) sia reso disponibile per la pianificazione del concordato (dovendosi, altrimenti, fare i conti con un possibile *cramdown*), per altro verso consente l'eventuale interferenza con una procedura di ristrutturazione avanzata dal socio, pur caratterizzata dal requisito della autonomia (C 8097/92 per l'ipotesi di concordato del socio imprenditore).

Nella sua più accreditata lettura, la norma di cui all'art. 184, co. 2, prevede “soltanto” un'**estensione a favore dei soci** degli effetti modificativi dei rapporti obbligatori sociali, nel senso che per le obbligazioni sociali non solo la società, ma anche i soci illimitatamente responsabili sono tenuti nei limiti del trattamento soddisfacente previsto dal piano e l'esecuzione di quest'ultimo libera anche i soci, operando per altro il beneficio della preventiva escussione per cui resta inibita l'azione dei creditori sul patrimonio dei soci anche nei limiti della falcidia prevista, prima dell'esecuzione del

concordato.

Il tutto con salvezza del patto contrario, variamente inteso, ma presumibilmente consistente nella rinuncia all'effetto esdebitatorio e da porsi, nel rispetto della *par condicio*, nei confronti di tutti i creditori sociali e non solo di alcuni, seppure con suddivisione in classi.

Ciò dovrebbe comportare che, in sede di coordinata procedura di sovraindebitamento, i debiti sociali vengano considerati alla stregua di **crediti condizionali per l'ammontare corrispondente al trattamento concordatario**.

In conclusione, l'art. 184 contiene **due regole opposte**, una di rigore (quella del comma 1, secondo periodo, nei confronti dei terzi responsabili) e l'altra di favore (quella del comma 2, nei confronti dei soci illimitatamente responsabili).

#### Ambito di applicazione dell'art. 184, co. 2.

La nuova formulazione dell'art. 147 l.f. (post d.lgs. 5/06), che limita il fallimento per ripercussione ai soci delle s.n.c., s.a.s. e s.a.p.a. e, dunque, prende in considerazione la dipendenza fra responsabilità illimitata e tipologia sociale, sembra escludere una estensione degli effetti dell'art. 184 ai casi in cui vi sia estensione della responsabilità illimitata a soci di società di capitali: è il caso del **socio unico** della società di capitali.

Identica conclusione per il socio accomandante ingeritosi nella gestione sociale.

Si tratta, comunque, di soluzioni non del tutto pacifiche ma assai rilevanti in relazione alla sorte della quota di debito non soddisfatta e del suo trattamento nell'ambito della procedura coordinata (questione di particolare rilievo nei concordati di gruppo dove si rinviene la posizione di socio unico da parte della controllante).

Di più frequente ricorrenza potrà essere la questione della eventuale collocazione all'interno della disciplina del comma 2° dell'art. 184 l.f. del socio illimitatamente responsabile che abbia prestato **fideiussione** o altra garanzia per i debiti sociali. Trova applicazione il comma primo (che prevede impregiudicati i diritti del creditore) stante la diversa fonte della responsabilità ovvero il comma secondo nel presupposto che la responsabilità dei soci è assorbente rispetto a ogni altra forma obbligatoria con la conseguente prevalenza dell'effetto liberatorio di cui al comma secondo dell'art. 184?

Il dibattito non è stato sopito dalla risoluzione in favore del secondo orientamento da parte di C s.u. 3749/89, dovendosi segnalare un successivo arresto (C 26012/07) di segno contrario e la prevalente, seppur di poco, opinione in tal senso manifestata dai giudici intervistati nella ricerca OCI 2013 (52,7%), che hanno ritenuto l'autonoma

efficacia vincolante della fideiussione.

### Il momento degli effetti modificativi e il debito sociale.

La vera questione che si pone in sede di pianificazione delle procedure interferenti della società e del socio, perché attiene alla misura stessa dell'indebitamento e alla struttura del piano, oltre che al calcolo delle maggioranze, è quella della individuazione del **momento in cui si verifica l'effetto modificativo** del rapporto obbligatorio.

La ricostruzione della natura giuridica degli effetti del concordato vale ad identificare quale sia il momento in cui tali effetti si verificano. Ove si dia prevalenza alla natura costitutiva degli effetti giuridici modificativi, in coerenza deve ritenersi che gli stessi non si realizzino con la provvisoria esecutività dell'omologa bensì solo nel momento in cui l'atto giuridico che dà luogo a tali effetti sia divenuto definitivo.

In ogni caso, il collegamento con l'omologa appare necessitato stante la lettera dell'art. 184, co. 1, primo periodo (obbligatorietà per i creditori anteriori del concordato "omologato").

La questione diverrebbe maggiormente complessa se dovesse coordinarsi con il momento, anche temporalmente divaricato, in cui si realizza per il debitore l'**effetto esdebitativo** [costituisce omaggio alla tradizione la qualificazione degli effetti del concordato come "esdebitazione" in coerenza con gli effetti remissori e dilatori desumibili dall'art. 160 ante Novella, anche se si tratta di effetti che, visti *ex latere debitoris*, assumono oggi la diversa fisionomia di una "liberazione" *tout court* per la duplicità del presupposto oggettivo - anche stato di crisi - e per la evoluzione contenutistica del piano, che si è emancipato rispetto alla prospettiva meramente solutoria].

Potrebbe allora ritenersi (cfr. indagine OCI 2013 cit.) che ogni effetto sui rapporti giuridici quali si configuravano prima dell'apertura del concordato si realizzi solo con l'effettiva esecuzione delle obbligazioni concordatarie (con ricadute pesanti sulla possibilità di un allestimento tempestivo della coordinata procedura di composizione), permanendo fino a quel momento una qualche incertezza sulla entità e l'ampiezza della esdebitazione/liberazione che conseguirà all'esecuzione del concordato.

Per altro, la distinzione tra effetti modificativi delle obbligazioni precedenti ed effetti esdebitatori spesso non è di facile individuazione, anche in relazione all'**atipicità** della proposta concordataria e, dunque, delle obbligazioni come conformate alla stessa.

Ad esempio, per il concordato con assuntore può ritenersi che l'effetto modificativo,

così come quello esdebitatorio/liberatorio, sia realizzato con la sola omologazione, ancor prima della esecuzione, così come nel concordato con garanzia o quando venga proposta una vera e propria *datio in solutum* con l'attribuzione di azioni, quote o strumenti finanziari, in quanto con l'omologa la nuova obbligazione, oggetto della proposta, ha ormai sostituito quella preesistente, così come, nel caso di assuntore, questi si è sostituito all'imprenditore in concordato, nella misura della percentuale indicata.

Diversamente dovremo ipotizzare per il caso di concordato con continuità di impresa diretta, in cui i creditori sociali sono destinatari di pagamenti frazionati nel tempo e sostenibili mediante flussi di cassa: il tal caso, l'effetto liberatorio non sembra scindibile dalla esecuzione, mentre quello modificativo resta ancorato all'omologa.

Tuttavia, sembra possibile mettere un punto fermo ai limitati fini che qui interessano assumendo che, mentre l'effetto esdebitatorio rileva nell'ambito di un'eventuale **risoluzione per inadempimento** (sempre possibile nella fase antecedente il verificarsi di tale effetto), è la **modifica dei rapporti obbligatori conseguente l'omologa il momento sensibile** in relazione alla diversa procedura, successiva o, comunque, coordinata.

Questione assai delicata è la verifica della tenuta di questa impostazione quando la società abbia presentato un **concordato liquidatorio** in cui tradizionalmente (C 7169/95) l'effetto modificativo/estintivo delle obbligazioni concorsuali è stato posto nella fase esecutiva, dopo la quantificazione della percentuale distribuita ai creditori.

Tale momento si è ritenuto coincidesse con quello della liberazione del debitore, iscrivendo la *cessio bonorum* concordataria nell'analogo istituto civilistico (C 3957/03, C 709/03), pur non mancando interpretazioni diverse volte a collegare tale momento alla omologa (Del Vecchio F., *Il divieto di azioni esecutive nel concordato preventivo*, Fall. 1995, 700) o alla consegna dei beni al liquidatore (Censoni P.F., *Il concordato preventivo*, in Bonfatti S. – Censoni P.F., *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, 256)).

In effetti, l'interpretazione tradizionale sembra poco coerente con l'attuale ricostruzione di un concordato con cessione dei beni in cui non è obbligatorio indicare le percentuali di soddisfazione dei crediti (appare minoritario il contrario indirizzo di cui a T Milano 21/1/10) e in cui le percentuali, ove indicate, sono significative di una previsione e non costitutive di una obbligazione, valendo a dare determinatezza alla proposta ed informazione al ceto creditorio (C s.u. n. 1521 del 23/1/2013; C 13818/11).

Se, dunque, i creditori si assumono il rischio degli esiti della liquidazione, essendo ad essi rimessa la valutazione di fattibilità economica del concordato, la questione della percentuale non può rilevare ai fini della modificabilità dei rapporti giuridici.

Se è coerente spostare la liberazione al termine della fase esecutiva per verificare che si sia realizzata la causa del concordato tramite il riconoscimento in favore dei creditori di una sia pur minimale consistenza del credito da essi vantato (C s.u. n. 1521/13), la modifica dei rapporti obbligatori sembra ragionevolmente riconducibile alla **definitività dell'omologa**.

Ovviamente, attesa la natura del concordato liquidatorio, la modifica del rapporto non si esprime in una percentuale del credito, ma in una percentuale (secondo le regole del piano, in particolare in riferimento al trattamento delle eventuali classi) del ricavato dalla liquidazione dei beni.

Seguendo tale impostazione, si consente un'agevole e tempestiva pianificazione anche della eventuale procedura di composizione del sovraindebitamento del socio che, in presenza di un concordato liquidatorio della società, potrà considerare intervenuta con l'omologa del concordato anche la modifica dei rapporti obbligatori sociali con modalità che **escludono la necessità di appostamenti** di risorse sia pure condizionatamente destinabili, anche se appare prudentiale prevedere un **trattamento minimo** che garantisca la realizzazione della causa del concordato (in ipotesi che il chirografo non percepisca alcunché in quella sede) al fine di evitare l'attuazione del meccanismo di cui all'art. 186 l.f., con possibile fallimento per ripercussione dei soci.

Altrimenti, potrà ipotizzarsi l'esistenza di un credito condizionale in misura **pari a quella considerata come probabile in sede concordataria**, salvo riservare ad esso in sede di procedura di sovraindebitamento un trattamento che ne preveda ulteriore falcidia in relazione alle risorse effettivamente disponibili e alla qualità e quantità del complessivo indebitamento, ferma l'eventuale opposizione di convenienza rispetto allo scenario alternativo della liquidazione.

Si accredita, dunque, una possibile distinzione fra misura del credito (così come eventualmente già falcidiato in sede concordataria) e misura della soddisfazione (con eventuale ulteriore falcidia in sede di procedura di sovraindebitamento): in definitiva, una falcidia della falcidia.

In conclusione, e pur con qualche approssimazione, sembra configurabile la **seguinte regola operativa**:

*nella procedura di composizione del sovraindebitamento del socio, il debito sociale sarà **appostato** nella misura della falcidia prevista nel piano del concordato omologato, condizionatamente e nei limiti della mancata soddisfazione in tale sede e sarà necessario un coordinamento temporale fra le due procedure, potendo costituire l'omologa del concordato (quale momento di modifica dei rapporti obbligatori sociali) il presupposto dell'omologa della procedura ex L. 3/12.*

Questa impostazione appare coerente con la configurazione della responsabilità del socio quale **responsabilità sussidiaria** e il conseguente trattamento del credito, così come falcidiato in ambito concordatario, quale **credito condizionale** nella procedura di composizione. Essa ha il vantaggio di “proteggere il concordato della società” nel senso che, in caso di inadempimento in quella sede, il creditore verrebbe soddisfatto in misura falcidiata nella procedura di sovraindebitamento: si neutralizza, o quantomeno si depotenzia, il ricorso allo strumento di cui all'art. 186 l.f. nel senso della sua possibile evoluzione nel fallimento della società, che per ripercussione comporterebbe il fallimento dei soci e la conseguente risoluzione dell'accordo ai sensi dell'art. 12, co. 5 L. 3/12.

In definitiva, si determina un **sostegno reciproco** fra le procedure collegate con maggiore tenuta della complessiva ristrutturazione.

#### L'ipotesi alternativa e la ragionevole esclusione del debito sociale.

Il rovescio della medaglia di tale soluzione è l'accantonamento di risorse, anche ingenti se al creditore sociale è destinata una percentuale di soddisfazione elevata in ambito concordatario (o in presenza di crediti privilegiati), risorse che potrebbero essere **indispensabili** per la pianificazione della ristrutturazione dei debiti personali. Tale situazione determina una evidente criticità nella procedura di composizione che non appare giustificata specie nella ipotesi in cui la soddisfazione del creditore sociale in ambito concordatario appaia certa o altamente probabile.

Non sembra, allora, implausibile una soluzione che consenta la creazione di una classe di creditori sociali **irrilevante** rispetto al calcolo della maggioranza e senza diritto di voto (del resto, il voto di chi trova soddisfazione esterna potrebbe valutarsi come deresponsabilizzato), in quanto destinata ad essere soddisfatta non nell'ambito della procedura di sovraindebitamento, ma **direttamente in quella concordataria**.

In definitiva, si tratterebbe di creditori “**estranei**” (categoria ormai non ignota anche nel

concordato preventivo) rispetto ad una procedura elettivamente diretta alla ristrutturazione dei debiti personali, in quanto i crediti sociali trovano la sede di composizione naturale nel collegato concordato della società.

*Condividendo questa impostazione, si potrebbe anche ipotizzare l'accesso da parte del socio alla procedura del **consumatore** posto che il suo indebitamento verrebbe depurato da ogni "contaminazione" imprenditoriale.*

Ove non si ritenga di condividerla, si tratterebbe di una *classe interna al piano di accordo, ma con soddisfazione esterna* e, dunque, anche in questo caso **senza necessità di allocazione di risorse**: ne conseguirebbe, però, la rilevanza del credito nella misura prevista in sede concordataria ai fini del calcolo delle maggioranze e con diritto di voto (soluzione che per questo pare meno convincente di quella subito precedente).

Nell'ottica di questa alternativa impostazione, dobbiamo interrogarci sulla possibilità del creditore sociale di **tutelarsi rispetto alla sottrazione di risorse** (quelle che in concreto vengono destinate ai creditori personali) che per statuto potrebbero anche essergli riservate.

E' possibile una *tutela interna*: quella dell'opposizione ex art. 12 co. 2 secondo periodo L. 3/12, quale "altro interessato" (se creditore considerato estraneo) ovvero come creditore dissenziente.

La tutela dovrebbe essere limitata, in questo contesto, alla verifica di un trattamento eventualmente deteriore della proposta di accordo rispetto alla ipotesi liquidatoria, piuttosto che ad una verifica della tenuta del concordato quale indiretto strumento solutorio nell'ambito della procedura di ristrutturazione (che sembra piuttosto attenersi alla questione di **fattibilità** dell'accordo).

Quanto appena detto, rende chiaro che la tutela primaria e naturale del creditore sociale, è quella *esterna* alla procedura ex L. 3/12, *ma interna a quella concordataria*: essa si configura in sede di opposizione di convenienza ex art. 180 co. 4 l.f. e si risolve nella verifica di un possibile trattamento deteriore rispetto allo scenario alternativo di un fallimento che se implica anche quello dei soci per ripercussione, sconta però la contestuale considerazione della concorrenza dei creditori personali (il che, a ben vedere, è però **l'identica cosa** che si verifica in un concordato della società *senza procedura personale dei soci, che non destinino l'intero loro patrimonio personale alla pianificazione concordataria*)

In definitiva, l'*estraniazione* (diretta o indiretta per rimando alla soddisfazione concordataria) dei creditori sociali dalla procedura di sovraindebitamento finisce per essere un filtro della serietà della prospettata ristrutturazione complessiva, nel senso che il meccanismo incrociato della opposizione di convenienza costituisce una efficace prova di *stress*, idonea a mettere alle corde tentativi di allestimento di procedure collegate ma finalizzate alla sottrazione di risorse per determinate categorie di creditori. *Lo scenario di riferimento resta pur sempre quello del fallimento della società e dei soci illimitatamente responsabili.*

Quanto al coordinamento fra le due procedure, deve rammentarsi che è l'omologa del concordato preventivo che attualizza la modifica dei rapporti obbligatori per cui essa costituisce *tendenzialmente* (ma non sempre, potendo i creditori sociali essere trattati alla stregua di creditori estranei, per quanto prima ipotizzato) **il presupposto dell'omologa della procedura ex L. 3/12** posto che la modifica del rapporto obbligatorio (conseguente l'omologa del concordato) è anche il **presupposto per il corretto calcolo delle maggioranze e l'esercizio regolare del diritto di voto.**

#### La trasmigrazione del *surplus*.

Una prospettazione che si sta affacciando nella pratica (almeno pistoiese) è quella in cui, nell'ambito di un concordato sociale meramente dilatorio, sia previsto un *surplus* (una volta pagato il 100% dei creditori sociali) da destinarsi alla procedura di sovraindebitamento.

Naturalmente è ipotizzabile anche il **percorso inverso** ovvero quello di un surplus residuale in tale ultima procedura e da destinarsi al concordato sociale.

La natura del *surplus* può assumere qualificazioni diverse a seconda del ruolo che è destinato ad assumere nella procedura ricevente: *esclusivo* se si tratta dell'unica risorsa disponibile o *integrativo* se concorre con altre; in quest'ultimo caso potrà essere *necessario* (in quanto consenta un riparto minimo al chirografo) o meramente *marginale* (quando le risorse interne siano comunque sufficienti per l'allestimento della proposta di accordo, ancorché in termini di minore convenienza).

Tale tipo di interferenza presuppone la necessità di un coordinamento ancora più stretto fra le due procedure, in quanto determina una inedita relazione di **dipendenza** di una dall'altra: quella che genera il *surplus* può vivere di vita propria, quella che lo riceve no, in quanto condizionata dalla prima **in termini di fattibilità** (salvo che non si tratti di

*surplus marginale* e la proposta di accordo preveda la mera possibilità della integrazione esterna quale aspetto di ulteriore ed eventuale convenienza, col che si vede come la distinzione tipologica del *surplus* risponda ad esigenze operative e non meramente tassonomiche).

In tali casi, la procedura dipendente (si potrebbe dire in virtù di un rapporto di “pregiudizialità”) non potrebbe essere omologata **se non dopo** l’omologa di quella autonoma, ma si potrebbero ipotizzare ulteriori condizionamenti anche in riferimento alla fase precedente, rispetto alla ammissione del concordato e al decreto di cui all’art. 10, co. 1 L. 3/12.

Si tratta, tuttavia, di una terra ancora inesplorata, così come tutto da verificare è il rapporto fra le **attestazioni di fattibilità** delle rispettive procedure.

Il professionista della procedura dipendente (eventualmente l’O.C.C. ovvero l’organismo di composizione della crisi) dovrà effettuare un’autonoma valutazione della fattibilità della procedura conferente il *surplus* o potrà fare riferimento *tout court* a quella depositata in tale ambito, considerando poi sufficiente il controllo giurisdizionale (e dei creditori in sede di eventuale opposizione) che si concretizza nelle varie fasi procedimentali fino all’omologa della procedura conferente?

La prima opzione sembra preferibile ove si consideri che nella **procedura conferente la realizzazione del surplus costituisce elemento accidentale** e non essenziale alla fattibilità, per cui è dubitabile che la verifica giurisdizionale sulla conformità della relazione attestativa debba estendersi anche a tale aspetto né, del resto, potrebbero ipotizzarsi opposizioni da parte dei creditori della procedura conferente per assenza di interesse in punto di realizzazione di un surplus che non li riguarda.

In definitiva, l’omologa della procedura in cui si realizza il *surplus* è **condizione necessaria, ma non sufficiente** per l’omologa di quella dipendente

Ugualmente discutibile è se potranno coincidere le figure di professionista attestatore del concordato e di O.C.C., se cioè prevarranno considerazioni di opportunità in vista della unitarietà della ristrutturazione e del relativo giudizio di fattibilità oppure se si privilegerà **l’esigenza di autonomia** della duplice attestazione.

Tale ultima opzione appare coerente con la soluzione della prima nel senso prospettato.

Più aperta, invece, potrebbe essere l’eventualità di cumulo delle funzioni di C.G. e di O.C.C.

Non vi sono particolari problemi per quanto attiene alle **patologie incrociate** delle due procedure essendo evidente lo stretto collegamento fra l’art. 186 l.f. e l’art. 14 L. 3/12,

nel senso che la patologia di quella condizionante è destinata a diventare patologia di quella condizionata.

Nel caso di risoluzione del concordato ex art. 186 l.f. e di conseguente dichiarazione di fallimento della società, stante il fallimento dei soci per ripercussione, si determineranno in ogni caso (cioè anche quando fra le due procedure vi sia **solo interferenza e non anche un rapporto di dipendenza**) gli effetti risolutivi dell'accordo previsti dall'art. 12, co. 5.

Tale rilievo di ordine generale non deve indurre a ritenere poco appetibile la procedura di sovraindebitamento per i creditori particolari del socio, ma il suo esatto contrario sia perché un corretto coordinamento dei piani rende più solida la complessiva ristrutturazione, sia soprattutto perché la stabilità degli atti esecutivi si consegue solo nell'ambito della procedura stante la nuova regola di cui all'art. 12, co. 5, mentre in sua assenza gli eventuali pagamenti verrebbero travolti dall'eventuale fallimento della società e i finanziamenti non godrebbero del regime prededucibile a norma dell'art. 111 l.f.

Ma ulteriori complicazioni possono immaginarsi nel quadro di un possibile ampliamento della interferenza fra concordato e procedura di sovraindebitamento in quanto la norma di cui all'art. 11, co. 3 L. 3/12, che replica il contenuto dell'art. 184 l.f., consente una **germinazione successiva** e potenzialmente senza fine di ulteriori procedure di sovraindebitamento o di concordato tutte fra loro collegate.

Ma questa è un'altra storia.

Febbraio 2014.