

Massimo ORLANDO

Consigliere Corte d'Appello di Lecce

Secondo il collega La Manna, appena uscito il decreto legge poteva essere intitolato "Contendibilità", proprio perché già dalla sua emanazione era stata prevista la possibilità di presentare proposte concorrenti e offerte concorrenti.

Questo perché, secondo me, il dibattito tra un sistema legislativo concorsuale debtor oriented e creditor oriented, proprio con il decreto legge ha mutato fisionomia, nel senso che il sistema legislativo, secondo me, da una serie di indici sta assumendo una fisionomia company oriented; cioè si cerca di valorizzare, ci sono più indici in questo senso, la prosecuzione dell'impresa, cioè tutte le norme che assicurano un *favor* per il concordato in continuità sono proprio dirette a privilegiare le procedure di ristrutturazione dell'impresa.

Da questo punto di vista questo è del tutto coerente con il diritto europeo; sia il regolamento sull'insolvenza transfrontaliera, sia la raccomandazione del 2014 ed anche un'iniziativa della Commissione Europea, che sta per ricevere attuazione, per la costruzione di un gruppo di esperti per lo studio della materia fallimentare per l'armonizzazione della legislazione fallimentare a livello europeo pongono l'accento sul fatto che le procedure di ristrutturazione devono promuovere il salvataggio delle imprese sane, cioè delle imprese che hanno difficoltà a finanziare, ma che sono sane.

Ecco perché, per tornare alla domanda sulla contendibilità, le proposte concorrenti, cioè la possibilità per i creditori che rappresentano almeno il 10% dei crediti di presentare un piano di concordato alternativo a quello del debitore: questa legittimazione dei creditori è stata esclusa per i concordati in cui il debitore si impegna a pagare una percentuale minima del 40% nei concordati liquidatori ed una percentuale minima del 30% nel concordato con continuità, proprio perché questa differenza della percentuale tra 40% e 30%, a seconda che si tratti di concordato con cessione o concordato con continuità, cerca di favorire la prosecuzione dell'impresa; discorso analogo può essere svolto per quanto riguarda le offerte concorrenti.

Per quanto riguarda, invece, la norma che ha fatto capolino – credo – nell'ultimo testo nel disegno di legge delega della Commissione Rordorf, che assegna la legittimazione a chiedere il concordato preventivo anche al creditore, questa è una novità molto rilevante, che esiste da tempo nella legislazione statunitense e potrebbe essere uno dei tanti strumenti che possono favorire l'emersione anticipata dell'insolvenza o della crisi.

Certo lo strumento principe sono le misure di allerta di cui parlerò in seguito, ma anche la percentuale del 20% ha questo obiettivo di far emergere l'insolvenza in modo precoce, obiettivo che - tra l'altro – rientra anche tra quelli contemplati dalla raccomandazione del 2014 della Commissione Europea.

Quando nel corso dei lavori parlamentari si immaginò la possibilità di inserire la percentuale del 20% (cosa che gli industriali e le imprese già avevano chiesto nel 2013, ma in quel momento non c'erano state le condizioni politiche per realizzarlo), le motivazioni furono sostanzialmente due: una è quella di dare un segnale che andava nel senso della Commissione Rordorf che - appunto - immagina o la soppressione del liquidatore, oppure un suo fortissimo ridimensionamento. Ma il secondo motivo alla base della reintroduzione della percentuale risiede in una constatazione fenomenica, cioè l'insolvenza normalmente non è un fatto che si verifica in modo istantaneo, improvviso, l'insolvenza è un deterioramento progressivo della situazione prima finanziaria e poi economica dell'impresa; in altri termini, normalmente l'impresa entra in una fase di declino in cui c'è una progressiva riduzione dei flussi finanziari, una fase di declino che può essere causata da moltissime cause - o l'obsolescenza dei macchinari oppure il decadimento dei prodotti, oppure liti tra i soci - e quindi i flussi finanziari si riducono; a quel punto, riducendosi i flussi finanziari, il debitore comincia ad avere ritardi nei pagamenti, soprattutto ritardi nel pagamento dei contributi previdenziali e delle imposte, e quindi entra in una fase di crisi e poi successivamente entra nella impossibilità assoluta di pagare le proprie obbligazioni.

Proprio perché, quindi, l'insolvenza è lo stadio finale di un processo degenerativo dell'impresa, si è pensato – ed io sono fortemente convinto di questo - che mettere una soglia del

20% come soglia minima per accedere al concordato, il pagamento del 20% per il pagamento dei chirografari stimolerà inevitabilmente l'imprenditore a prendere coscienza del fatto che, se vuole accedere ad una procedura, quale è quella del concordato, che indubbiamente consente di conseguire indubbi benefici, deve farlo tempestivamente, in modo da evitare un deterioramento irreversibile del proprio patrimonio, cioè una struttura dei debiti che non può superare quella soglia del 20% rispetto all'attivo.

Questa è stata la ragione fondamentale per cui è stata introdotta la percentuale del 20%; poi certo si discute adesso, perché le norme non sono mai perfette, se il 20% deve riguardare ciascun creditore o, invece, se è sufficiente che complessivamente si paghi all'intero ceto creditore chirografario il 20%.

Probabilmente quest'ultima è la conclusione più corretta, ma probabilmente, come si sostiene già, nessun debitore riuscirà a farsi approvare un concordato preventivo che ad alcune classi di creditori dia il 20-25% e ad altre classi dia il 5/10%, perché ormai quella potrà essere sentita, avvertita come la soglia "giusta" al di sotto della quale i creditori non accetteranno di scendere.

Volevo affrontare un'ultima questione sui dati perché questa penuria di dati effettivamente viene rinfacciata da tutti, da entrambi gli opposti schieramenti, però io qualche dato penso di essere in grado di darlo ed anche qualche considerazione.

Costi: il concordato – questo è notorio - costa molto di più rispetto al fallimento, intanto perché intervengono molte più figure professionali - commissario giudiziale, liquidatore, attestatore – ma ciò è confermato anche da alcune proiezioni che sono state fatte. Ad esempio, prendendo una stessa impresa con un milione di attivo e con dieci milioni di passivo, in pratica le spese in prededuzione per il curatore incidono per il 5% sull'attivo nel fallimento e invece incidono per il 30% sull'attivo nel caso di concordato. Quindi, a fronte di due procedure che hanno costi notevolmente differenti, ci aspetteremmo che, come avviene in un sistema di libero mercato, la procedura che costa di più sia più efficiente, perché altrimenti non c'è ragione per pagare di più. Invece, per quanto riguarda la **durata** del concordato non c'è alcun vantaggio in termini di minore durata, anzi è il contrario,

perché il concordato dura sette anni, esattamente quanto dura un fallimento; la ragione è evidente, e consiste nel fatto che sia il concordato che il fallimento devono normalmente liquidare i beni, e le difficoltà di liquidazione dei beni sono indipendenti dalla veste giuridica della procedura in cui sono inserite le operazioni liquidatorie.

Anche un altro dato mi sembra abbastanza rilevante, cioè nel concordato preventivo solo il 2% di concordati arrivano alla esecuzione, anche se danno percentuali notevolmente inferiori a quelle – diciamo – promesse; quindi c'è tutto un movimento di carte, di fascicoli processuali e di procedure concordatarie che poi si bloccano o con l'improcedibilità o con la mancata approvazione dei creditori o con la mancata omologazione e, alla fine, solo il 2% di queste procedure arrivano al loro esito fisiologico, appunto la esecuzione.

Nel fallimento, invece, è esattamente il contrario; soltanto il 2% dei fallimenti vengono revocati, quindi normalmente soltanto il 2% dei fallimenti - pur con i tempi lunghissimi che accomunano fallimenti e concordati – si bloccano senza arrivare al loro esito fisiologico.

Per concludere, perché in questi mesi mi sto un po' interessando al diritto europeo, volevo porre - e su questo magari vorrei anche intervenire per esaminare il testo del disegno di legge delega della Commissione Rordorf, che effettivamente è un disegno di legge di amplissimo respiro con numerosissime norme che mi trovano d'accordo, però poi ovviamente qui in queste sedi bisogna parlare delle cose che possono essere migliorate.

Per quanto riguarda ad esempio il rapporto tra il testo della Commissione Rordorf e la raccomandazione europea, io segnalo che nella raccomandazione europea del 2014 la Commissione parla espressamente di **obbligatorietà delle classi**, cioè che quando ci sono creditori con interessi giuridici diversi bisognerebbe inserirli in classi diverse.

Se non mi sbaglio questo non è previsto; e poi anche una cosa a cui tengo abbastanza è che nella raccomandazione ci sono degli spunti che dovrebbero indurre a **superare la distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica**, perché la raccomandazione dice espressamente che il

giudice deve poter respingere il piano di ristrutturazione che non ha prospettive di impedire l'insolvenza del debitore.

Anche in questo senso, quindi, mi sembra che la previsione introdotta col decreto legge 83 del 2015 che impone al debitore di assumere l'impegno a dare un'utilità specificamente determinata ed economicamente valutabile a ciascun creditore, direi che impone di superare la distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica che non è conosciuta neanche negli Stati Uniti d'America in cui la feasibility è una sola ed è di competenza del giudice stabilire se la fattibilità esiste o meno, se il concordato è fattibile o meno.