Appunti per la sessione plenaria

*Il coordinamento del procedimento prefallimentare con quelli di concordato preventivo e di omologazione degli accordi di ristrutturazione oggi e nella prospettiva della riforma. Le ragioni dell’unitarietà del procedimento per l’accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell’insolvenza. Misure cautelari e protettive.*

La contemporanea pendenza di più procedimenti destinati a regolare la stessa crisi di impresa con modalità diverse e su iniziativa di soggetti diversi deve oggi essere gestita in base al principio dettato dalla Cassazione con la sentenza a Sezioni Unite 15/05/2015, n. 9936:

*La pendenza di una domanda di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.fall., impedisce temporaneamente la dichiarazione di fallimento sino al verificarsi degli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 l.fall., ma non legittima la sospensione del procedimento prefallimentare. Tra la domanda di concordato preventivo e quella di fallimento, quali iniziative tra loro incompatibili e dirette a regolare la stessa situazione di crisi, sussiste un rapporto di continenza; ne consegue la riunione dei relativi procedimenti ai sensi dell'art. 273 c.p.c., se pendenti innanzi allo stesso giudice, ovvero l'applicazione della disciplina dettata dall'art. 39, comma 2, c.p.c., se pendenti innanzi a giudici diversi*.

Il principio vale anche se insieme alla richiesta di fallimento è pendente un procedimento di accordo di ristrutturazione dei debiti e quindi l’apertura della procedura liquidatoria è impedita fino alla pronuncia sull’omologazione.

Si tratta, come è evidente, di una soluzione di matrice giurisprudenziale sulla quale il legislatore non ha finora ritenuto di intervenire.

La soluzione è invece più strutturata nel progetto del Codice della crisi che detta la disciplina del procedimento comune alla fase di ingresso di tutte le procedure (liquidazione giudiziale, concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei crediti), chiamato “procedimento unitario per l’accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell’insolvenza” e che è regolato negli articoli 44 e seguenti ed è attuazione del principio dettato dall’art. 10 sui principi generali rubricato “Trattazione unitaria delle domande di regolazione della crisi o insolvenza” che dispone:

*1. Le domande dirette alla regolazione della crisi o dell’insolvenza proposte dai soggetti legittimati sono trattate in via d’urgenza e in un unico procedimento; a tal fine ogni domanda sopravvenuta va riunita a quella già pendente.*

*2. Nel caso di proposizione di più domande, il tribunale tratta in via prioritaria quella diretta al superamento della crisi con mantenimento della continuità aziendale, anche in capo a diverso imprenditore, a condizione che nel piano sia espressamente indicata la convenienza per i creditori e che la domanda medesima non sia manifestamente inammissibile o infondata.*

*3. Oltre che nei casi di conversione previsti dal presente codice, il tribunale procede all’apertura della liquidazione giudiziale quando eventuali domande alternative di regolazione della crisi non sono accolte ed è accertato lo stato di insolvenza*.”

In sintesi, il procedimento si svolge avanti al tribunale in funzione collegiale ad istanza del debitore o di uno dei legittimati.

Le parti interessate vengono convocate avanti al collegio entro 30 giorni e se la convocazione è fatta ai fini della liquidazione giudiziale il debitore deve costituirsi almeno tre giorni prima a pena di decadenza se intende chiedere di accedere al concordato preventivo o ad un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Se la domanda è quella di concordato viene sempre nominato il commissario giudiziale mentre se è per l’omologazione di accordi la nomina avviene solo se è stata presentata anche una richiesta di liquidazione giudiziale.

Il testo base che disciplina la gestione contemporanea di più procedure è quello dettato dal c. 6 dell’art. 45, a mente del quale, “6. *Tutte le domande proposte separatamente debbono essere riunite, anche d’ufficio, in un unico processo. In caso di domanda di accesso al concordato preventivo o al giudizio di omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti non può essere dichiarata aperta la procedura di liquidazione giudiziale, salvo i casi di revoca dei termini concessi dal giudice ai sensi dell’articolo 48 e quanto previsto dall’articolo 53, secondo comma*”.

E’ chiara dunque la finalità della disciplina: aprire contemporaneamente tutto il ventaglio delle diverse modalità di superamento della crisi dell’impresa, discuterle in presenza di tutte le parti interessate e consentire a tribunale di optare per quella che appare più idonea tenuto conto dei vincoli giuridici e degli interessi delle parti.

Non è previsto alcun tipo di *automatic stay* ma è sempre necessaria la pronuncia del tribunale.

Le misure a tutela interinale del patrimonio possono essere adottate nel corso del procedimento sopra descritto e su istanza di parte (art. 58).

Possono essere richieste anche nella fase delle trattative per un accordo di ristrutturazione o nell’ambito della procedura di composizione assistita della crisi.

Possono essere di due tipi: provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell’azienda o del patrimonio, che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente l’attuazione della sentenza che dichiara l’apertura della liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo o l’accordo di ristrutturazione dei debiti; oppure provvedimenti protettivi: su richiesta del debitore o di coloro che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull’impresa o dei creditori il tribunale può disporre anche il divieto di azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore e dell’impresa, indicandone la durata. Entro il medesimo termine i creditori non possono acquisire titoli di prelazione se non concordati.

Il procedimento è gestito da un giudice monocratico che, riunite tutte le istanze, convoca le parti e provvede disponendo le misure opportune che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermate o revocate dal provvedimento che dichiara l’apertura della liquidazione giudiziale o pronuncia sull’omologazione del concordato o dell’accordo di ristrutturazione.

E’ prevista anche l’adozione di un provvedimento *inaudita altera parte* da confermarsi all’udienza come sopra fissata.

In caso di atti di frode, su istanza del commissario giudiziale, delle parti del procedimento o del pubblico ministero, il tribunale, sentite le parti, revoca o modifica le misure.

Da ricordare una disposizione fondamentale.

L’art. 11 sui principi processuale dispone: *1. La durata cumulativa delle misure protettive di cui all’articolo 2, numero 16 concesse nei procedimenti e procedure disciplinati dal presente codice non può superare il periodo, anche discontinuo, di dodici mesi, inclusi eventuali rinnovi e proroghe*.

E’ chiaro che il termine è perentorio e comprende anche l’eventuale fase della composizione assistita della crisi.

*Le procedure in continuità e quelle liquidatorie, oggi e nella riforma che verrà. Il criterio di prevalenza e l’apporto esterno al patrimonio del debitore. Le diverse prerogative degli organi della procedure nella fase esecutiva delle procedure. La spinta verso la legittimazione processuale del liquidatore giudiziale.*

Il legislatore si è preoccupato di disciplinare espressamente in modo diversificato le procedure in continuità aziendale e quelle liquidatorie unicamente con riferimento al concordato preventivo mentre nulla dice per gli altri istituti finalizzati al superamento della crisi dell’impresa.

Questo non significa che detti ulteriori strumenti possano essere utilizzati per una sola specifica finalità.

Prendendo le mosse dall’istituto in cui la presenza del giudice rileva solo eventualmente e cioè il piano attestato in relazione al quale l’intervento giudiziario incide solo per verificarne la tenuta nel caso di insuccesso del tentativo di ristrutturazione la dottrina si è divisa in ordine al quesito se la tutela predisposta dal legislatore e quindi l’esenzione dalla revocatoria, sia condizionata all’avvenuto perseguimento della continuità aziendale.

Dicevo che parte della dottrina non ammette piani liquidatori basandosi sulla lettura della norma che offre una particolare tutela per gli atti posti in essere “*in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria*” e dalla considerazione secondo la quale la natura premiale della norma si giustifica solo considerando il fine della tutela individuato nel superamento della crisi garantendo la continuità aziendale.

Procedendo per gradi può osservarsi che non può dubitarsi quantomeno che comunque sia perfettamente compatibile con il risanamento dell’esposizione debitoria e con il riequilibrio dell’esposizione finanziaria una parziale dismissione del patrimonio, con riferimento, ad esempio, ai cespiti non funzionali all’attività, così come pacificamente è ammissibile nel concordato preventivo in continuità aziendale.

Ma a parte ciò, mi pare dirimente la considerazione che il legislatore nel prevedere la finalità del risanamento e del riequilibrio non fa alcun cenno alla necessità del perseguimento anche della continuità aziendale e che il risanamento, e quindi la capacità di far fronte alle proprie obbligazioni, e il riequilibrio finanziario, e quindi il riallineamento tra flussi di cassa e scadenze, ovviamente con riferimento a quelle previste nel piano, vuoi perché ordinarie vuoi perché riposizionate in seguito ad accordi con alcuni creditori, possono essere raggiunti anche con la totale liquidazione.

Ancor più indicativa è la constatazione che un argomento di particolare interesse per la continuità aziendale, per non dire essenziale, quale quello dei finanziamenti non trova alcuna disciplina specifica.

Esclusa ogni rilevanza dell’art. 111 l.fall. in cui, con una certa fatica, potrebbero essere incusi i finanziamenti, in quanto i piani attestati non sono una procedura, è agevole rilevare che le norme incentivanti dei finanziamenti, quali gli art. 182 *quater* e 182 *quinquies* attengono unicamente al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione dei debiti e certamente mancano i presupposti per un’applicazione analogica di tali disposizioni all’istituto in questione, così che l’incentivo ai finanziamenti in caso di piani attestati è limitato all’esenzione dalla revocatoria per ii rimborsi effettuati e per le eventuali garanzie concesse.

Detto questo, non vi sono particolari osservazioni da fare sul regime della continuità se non rilevare che ovviamente se questa è la strada prescelta, deve essere fatta una particolare attenzione e impiegata una particolare diligenza nella redazione dell’attestazione sul piano e sulla sua fattibilità, tenendo presente che, se pure non trattandosi di procedura, non vi è problema di ragionevole durata è anche vero che gli eventi idonei ad assicurare il risanamento e il riequilibrio debbono verificarsi in un lasso temporale ridotto, pena, diversamente, la scarsa affidabilità dell’attestazione stessa.

Il secondo strumento approntato dal legislatore è costituito dagli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis*).

Pe questa procedura non sussistono particolari dubbi circa l’ammissibilità anche in presenza di un piano meramente liquidatorio e non è certo un caso che il legislatore della riforma preveda all’art. 65, contenente la disciplina degli accordi ad efficacia estesa anche ai non aderenti, che una delle condizioni sia che “l’accordo abbia carattere non liquidatorio, prevedendo la prosecuzione dell’attività d’impresa” qualificando dunque l’istituto come volto indifferentemente alla liquidazione o alla continuità aziendale ma prevedendo condizioni di particolare favore se la soluzione ipotizzata è la seconda.

Diversamente da quanto avviene per i piani attestati, la disciplina degli ADR contiene norme che, specificatamente o anche solo concretamente, favoriscono il perseguimento della continuità aziendale.

Mi riferisco, in particolare, alla già ricordata disciplina dei finanziamenti ma anche a quella relativa alla esenzione da revocatoria dei pagamenti effettuati in favore dei fornitori strategici che benchè non sempre connesse esplicitamente alla continuità aziendale di fatto sono necessarie e trovano applicazione in tale prospettiva.

Considerazioni analoghe possono essere fatte per la convenzione di moratoria che ha certamente più applicazione se la prospettiva non è quella meramente liquidatoria.

Quanto al concordato preventivo, invece, le differenze tra le due procedure sono rilevanti già con l’attuale disciplina e sono tutte a favore del concordato in continuità che non sconta la necessità di assicurare almeno il 20% ai creditori, che ha un soglia di difesa della proposta del debitore contro le proposte concorrenti più accessibile di quella del concordato liquidatorio, che contempla la possibilità di continuare nell’esecuzione dei contratti anche con la pubblica amministrazione e di partecipare a gare pubbliche.

Superata la questione relativa alla continuità diretta o indiretta, che a mio avviso non doveva nemmeno essere posta sol che si tenga presente che il fine del legislatore è di salvare l’azienda tutelando il miglior interesse dei creditori senza che rilevi la concreta modalità con cui a questo si perviene e tantomeno l’identità dell’imprenditore, il problema sul tappeto oggi ma anche domani è quello relativo al criterio della prevalenza.

Dico subito che non mi trova concorde che abbia trovato ascolto presso il legislatore, ai fini della qualificazione del concordato come in continuità o liquidatorio, la tesi della prevalenza e che quindi sia stato ritenuto rilevante il raffronto tra quanto ricavato dalla liquidazione e quanto invece deriva dall’esercizio dell’impresa e sia destinato al soddisfacimento dei creditori.

Ricordato che la questione originariamente è stata posta non per stabilire la qualificazione del concordato che allora era puramente classificatoria, visto che non era stato ancora introdotto il vincolo dell’assicurazione del 20%, ma solo per stabilire se per la liquidazione dei beni non funzionali dovesse essere nominato un liquidatore, non riesco tuttora a comprendere quale sia la giustificazione di una tale distinzione e, domani, la ratio della norma. Al netto di eventuali abusi perpetrati liquidando quasi tutti i beni e formando un preteso ramo o rametto di azienda con quattro carabattole solo per sfuggire alla tagliola del 20%, se l’azienda con i suoi elementi essenziali e depurata di eventuali sovrastrutture formatesi negli anni, potrebbe tornare ristrutturata ed efficiente sul mercato qual è l’interesse tutelato qualificando il concordato come liquidatorio e quindi eventualmente impedendo così il progetto unicamente perché si “assicura” il 18%?

Non certo quello generale in quanto, nell’ipotesi fatta, l’azienda viene distrutta e nemmeno quello dei creditori, in quanto, per l’ammissibilità del concordato con continuità aziendale è necessario che venga previsto il miglior soddisfacimento dei creditori rispetto all’alternativa liquidatoria che se invece resa necessaria è dunque la soluzione peggiore.

Aderendo comunque a tale orientamento si pongono alcuni problemi.

La cessione dei beni prodotti prima dell’ingresso in procedura va ascritta alla voce continuità o alla voce liquidazione?

La questione potrebbe essere rilevante se i beni sono di valore e sono oggetto della produzione come potrebbero essere degli immobili per una impresa edile.

Se si assumesse che il ricavato dalla continuità che rileva ai fini della qualificazione è solo quello formatosi in corso di procedura allora i beni prodotti prima dovrebbero entrare nella voce ricavato dalla liquidazione ma se si desse invece al concetto di ricavato dalla continuità un significato sostanziale e quindi coincidente con il prodotto della gestione caratteristica allora la risposta sarebbe diversa.

Ma vi sono altre ipotesi dubbie.

*Quid iuris* se dell’originaria impresa si salva solo un ramo di azienda e quindi, per tornare all’esempio fatto, si dismette il ramo costruzione immobili e si prosegue solo con quello che ha come oggetto i lavori stradali? Come qualifichiamo la cessione degli immobili invenduti che non rientrano nell’oggetto sociale dell’impresa o del ramo di essa in continuità aziendale?

Ancora più interessante è un altro dilemma che si è presentato, anche se solo in astratto, al Tribunale di Modena.

Il caso semplificato (in quanto in realtà di erano due società poi fuse in corso di procedura) è questo: un’impresa è costituita da due rami di azienda, entrambi, in esercizio: uno produce medicinali; l’altro produce confezioni per medicinali, sia per quelli prodotti dalla prima ma anche per altre imprese produttrici.

Uno dei due rami viene venduto dopo procedura competitiva. Come deve essere qualificato in un tale caso il concordato?

Se la cessione avviene nella fase esecutiva non avrei dubbi in quanto la cessione di azienda in esercizio è una delle ipotesi di continuità aziendale espressamente previste nell’art. 186-bis l.fall. a mente del quale il concordato è da qualificarsi in continuità aziendale, tra l’altro, “Quando il piano di concordato … prevede … la cessione dell’azienda in esercizio”.

Non avrei dubbi nemmeno se la cessione avviene nella fase tra l’ammissione è l’omologa, visto che il piano, o una sua integrazione (magari implicita nella domanda di autorizzazione alla cessione) necessariamente la prevedono e l’art, 182 c. 5, ha sdoganato la cessione di beni anche prima dell’omologazione.

Più delicata è la questione se la cessione del ramo di azienda viene autorizzato con procedura ex art. 163 bis nella fase prenotativa anteriore all’ammissione e quindi quando per definizione non vi è ancora un piano in senso tecnico giuridico ma, a tutto concedere, una illustrazione delle prospettive circa l’evoluzione del concordato.

Qui dunque le questioni sono due e dalle risposte che si danno consegue la qualificazione del concordato e quindi, eventualmente, la necessità che l’imprenditore sia tenuto ad assicurare o no almeno il 20%: l’attività dell’azienda ceduta è diversa rispetto a quella che rimane nella procedura e che, prospetticamente, uscirà risanata all’esito della stessa per cui non si può dire che i beni liquidati siano oggetto della produzione della prima; la cessione non è prevista nel piano che sarà presentato solo al momento della presentazione della proposta e che semmai prenderà solo in considerazione il ricavato dalla cessione e quindi non si rientra nella previsione letterale del citato art. 186-bis.

Quanto al primo quesito i pare che la risposta sia più semplice e sia nel senso che il risultato della cessione del ramo di azienda debba essere ascritto alla continuità aziendale in quanto se la logica della valorizzazione della prevalenza è quella di dare un peso alla misura dell’interesse pubblico soddisfatto e quindi valutando partitamente ciò che questo interesse soddisfa, e cioè la prosecuzione dell’attività contrapposta alla liquidazione atomistica, è chiaro che le cessione del ramo di azienda in esercizio è conforme all’interesse pubblico e non deve quindi essere ascritto alla liquidazione.

Più delicata è la risposta al secondo quesito in quanto, se si considera oggettivamente come si presenta l’imprenditore al momento in cui deposita la domanda definitiva e quindi anche il piano non si può negare che nel patrimonio ci siano un’azienda in esercizio ed una liquidità che da questo esercizio non deriva e che quindi non può essere appostato sotto la voce “ricavato dalla continuità”.

Ciò nonostante non avrei dubbi a qualificare anche questo concordato come in continuità e questo per almeno due considerazioni.

La prima è quella che si ricava dall’individuazione del fine che persegue il legislatore: se questo è in generale la valorizzazione della continuità rispetto alla liquidazione intesa come disgregazione di strumenti di produzione è chiaro che tale fine deve ritenersi presente anche nel momento in cui effettuo la valutazione della prevalenza per cui è irrilevante il momento in cui cedo il bene produttivo nell’ambito della procedura.

La seconda è quella che valorizza un'altra opzione del legislatore, resa evidente dalla modifica dell’art. 182 operata con la richiamata modifica del comma 5 e dall’introduzione dell’art. 163-bis, e cioè quella del perseguimento dell’anticipazione delle cessioni finalizzata alla miglior valorizzazione delle stesse; se allora il proponente il concordato anticipa la cessione dell’azienda in esercizio addirittura alla fase prenotativa e quindi si conforma in pieno alla ratio dell’opzione legislativa non è possibile che questa scelta virtuosa lo penalizzi facendo degradare una cessione di azienda in esercizio ad una mera e penalizzante liquidazione di beni non funzionali.

Questa interpretazione mi pare importante in quanto consente non solo di risolvere il problema sopra posto di anticipazione della cessione di un ramo di azienda con prosecuzione di altro ramo ma anche di ritenete in continuità quella concordato che vede la cessione dell’intera azienda nella fase prenotativa con un piano che prevede allora solo le cessione dei beni non funzionali e l’incasso di crediti che all’apparenza è puramente liquidatorio ma che in realtà aderisce perfettamente a quella prospettiva di tutela della continuità e anticipata circolazione dell’azienda che è l’obbiettivo del legislatore.

Quanto al possibile futuro, la bozza proposta del nuovo Codice prevede anche un ulteriore requisito per l’ammissibilità del concordato liquidatorio rispetto all’assicurazione del 20% e cioè la necessità che vengano apportate risorse esterne di valore tale da aumentare di almeno il dieci per cento il soddisfacimento dei creditori chirografari: può essere nuova finanza ma possono essere anche beni prontamente liquidabili o crediti; ciò che conta è che, rispetto al valore di liquidazione, l’importo da distribuire ai creditori aumenti del dieci per cento, fermo restando che il grado di soddisfacimento non può essere inferiore complessivamente al 20% del monte crediti; potrebbe quindi essere previsto un garante che si impegni, all’esito della liquidazione, a corrispondere una somma pari al dieci per cento del ricavato o superiore ma tale da consentire il raggiungimento del 20%.

La fase esecutiva del concordato preventivo è rimasta per un certo periodo senza una precisa disciplina circa i poteri degli organi della procedura nella fase esecutiva, se non il richiamo alla disciplina fallimentare quanto alla cessione dei beni conseguente richiamo anche ai poteri del giudice e, per i liquidatori, a quelli del curatore fallimentare.

Nulla invece quanto al concordato in continuità.

Solo con le modifiche del 2015 è stata introdotta una nuova disciplina per la fase dell’esecuzione ma solo nel caso in cui questa attenga non già alla proposta del debitore ma a quella di un terzo che l’abbia superata.

Può essere questa disciplina applicata analogicamente anche alle difficoltà che insorgano nella fase esecutiva della proposta del debitore?

Avrei molti dubbi in proposito in quanto la disciplina è molto specifica e se il legislatore avesse voluto farne una disciplina generale ben avrebbe potuto dettarla nell’occasione.

Questo invece è stato fatto nella bozza di Codice della crisi che all’art. 123 che ha generalizzato i poteri di intervento del giudice tramite il commissario giudiziale volti ad ovviare agli inadempimento del debitore.

E’ stato finalmente chiarito che il liquidatore giudiziale è legittimato ad esercitare l’azione di responsabilità nel concordato ma sarebbe opportuno che, per la sua delicatezza e dando per presupposto che la stessa non sia prevista nel piano, che fosse prevista l’autorizzazione del giudice su parere del commissario giudiziale:

*Articolo 120.*

*Azione di responsabilità in caso di cessione dei beni*

*1. Il liquidatore esercita oppure, se pendente, prosegue l’azione sociale di responsabilità. È inopponibile nei confronti del liquidatore e dei creditori sociali l’esclusione dalla cessione da parte della società concordataria dell’azione sociale di responsabilità.*

*Le classi dei creditori: il passaggio dalla facoltatività all’obbligatorietà; il rapporto dell’istituto delle classi con il diritto di voto del creditore privilegiato degradato o a soddisfacimento ritardato.*

Uno dei non molti punti fermi nella giurisprudenza della Cassazione in tema di concordato preventivo è quello della non obbligatorietà della formazione delle classi a far tempo dalla sentenza 10 febbraio 2011, n. 3274.

D’altra parte il dato letterale, che è il criterio principe per l’interpretazione quando è inequivoco, porta a tale conclusione, visto che:

art. 160 l.f. \_ comma 1: *“L’imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere:…… c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei”*

art. 163 l.f. \_ *“Il tribunale, ……., con decreto non soggetto a reclamo, dichiara aperta la procedura di concordato preventivo; ove siano previste diverse classi di creditori, il tribunale provvede analogamente previa valutazione della correttezza dei criteri di valutazione ”*

*Qualora la proposta di concordato concorrente preveda diverse classi di creditori … deve essere sottoposta al giudizio del tribunale che verifica la correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi”*

art. 177 l.f. \_ *“Il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di classi”*

art. 182 ter l.f.\_*“….se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole.”*

Ma soprattutto la decisione si fonda sulla considerazione che poiché i divergenti interessi dei creditori possono essere pressochè infiniti non può essere lasciato al singolo giudice stabilire quale sono quelli che rilevano al fine di stabilire se deve essere formata una apposita classi, essendo questo invece un compito del legislatore.

Tale giurisprudenza è stata pressochè unanimemente condivisa almeno in sede giudiziaria in quanto pochissime sono le decisione che ad essa non si sono uniformate.

Prendendone atto, il legislatore è intervenuto con estrema cautela introducendo con le proposte concorrenti (art. 163) la previsione secondo cui “*I creditori che hanno presentato una proposta di concordato concorrente hanno diritto al voto sulla medesima solo se collocati in una autonoma classe*”, disposizione, si noti, non replicata nel concordato fallimentare in caso di proposta presentata da un creditore, e con la nuova formulazione dell’art. 182 ter (ex transazione fiscale), la prescrizione a mente della quale “*Nel caso in cui sia proposto il pagamento parziale di un credito tributario o contributivo privilegiato, la quota di credito degradata a chirografo deve essere inserita in un’apposita classe*.”

La ratio delle due disposizioni non è la stessa: la prima attiene al conflitto di interessi in capo a chi fa una proposta che potrebbe anche essere sfavorevole sotto il profilo del trattamento del suo credito ma favorevole nel complesso se valutata nell’ottica dello stesso soggetto quale proponente; la seconda è attuazione della sentenza della Corte giustizia Unione Europea Sez. II, Sent., 07-04-2016, n. 546/14 che ha ritenuto ammissibile il pagamento falcidiato dell’IVA sul presupposto non solo che lo Stato possa votare conto ma anche che possa fare opposizione al fine di far accertare che il trattamento proposto è deteriore rispetto a quello che consentirebbe il fallimento, opposizione possibile solo essendo un creditore dissenziente di una classe dissenziente.

Il progetto di Codice della crisi interviene invece in modo più dettagliato prevedendo all’art. 90 la possibilità della suddivisione dei creditori in classi ma anche che “*La formazione delle classi è obbligatoria per quanto concerne la suddivisione dei creditori privilegiati, dei quali non sia previsto l’integrale pagamento o sia previsto il pagamento dilazionato ai sensi dell’articolo 91 e a seconda dell’oggetto della garanzia; dei creditori titolari di crediti previdenziali o fiscali dei quali del pari non sia previsto l’integrale pagamento; dei creditori che vengono soddisfatti anche in parte con utilità diverse dal denaro; dei creditori titolari di garanzie prestate da terzi; dei creditori proponenti il concordato e delle parti ad essi correlate; dei creditori postergati. Il piano può prevedere la formazione di ulteriori classi*”.

Dunque una scelta all’insegna del *numerus clausus* delle classi obbligatorie e con presupposti per il classamento obbligatorio abbastanza netti e non dovrebbero porre particolari problemi, se non, forse quello delle garanzie prestate da terzi in quanto dovranno presumibilmente essere differenziati i creditori con solide garanzie reali rispetto a quelli con più problematiche garanzie personali, fermo restando che l’indicazione dei creditori garantiti è rimessa alla correttezza del debitore laddove non ci sono forme di pubblicità legale.

Qualche riserva mi pare giustificata sul classamento dei postergati in quanto mi pare che possano essere presi in considerazione nel concordato solo i postergati volontari laddove la loro postergazione non comporti l’esclusione dalla proposta di soddisfacimento, come avviene nel caso in cui il pagamento sia subordinato al raggiungimento di una certa percentuale da parte degli altri creditori, ma non quando sia totalmente escluso come avviene in caso di postergazione volontaria assoluta o in caso di postergazione legale.

E’ interessante rilevare come all’art. 144 in tema di maggioranze per l’approvazione del concordato si preveda che “*Sono inoltre esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze i creditori in conflitto d’interessi. Sono in conflitto d’interessi i creditori portatori di un interesse in conflitto con il miglior soddisfacimento dei creditori, fatte salve le cause legittime di prelazione*”.

E’ interessante perché comporta il rifiuto dell’argomento che vuole collegare l’obbligatorietà del classamento genericamente ad ogni conflitto di interessi in quanto il legislatore collega invece a tale conflitto l’esclusione dal voto, anche se con qualche illogicità perché alcune delle classi, quali quelle dei creditori garantiti o del proponente il concordato, non sono previste per dare più peso al voto e consentire il *cram down*, come quella del fisco o quella dei creditori non soddisfatti in denaro, ma proprio sul presupposto dell’esistenza di un conflitto di interessi.

Quanto al collegamento tra classamento e voto non vi sono particolari novità se non per quanto attiene al peso del voto per i creditori privilegiati dilazionati oltre l’anno e fino al biennio che, a mente della bozza proposta, votano per l’intero credito e non, come ha sostenuto la Cassazione, per il danno subito.