Un'occasione congressuale per riunire esperti e studiosi

A Como vent'anni di prassi fallimentare dei tribunali lombardi

di Vittorio Salvotti

In occasione della ventesima edizione del convegno di studio sulla prassi fallimentare, la Fondazione Amici del Rag. Luigi Frigerio di Como ha organizzato un convegno dal titolo "1991-2010 le prassi fallimentari dei tribunali della Lombardia vent'anni dopo" svoltosi a Como nei giorni 24 e 25 settembre 2010.
L'occasione di riunire studiosi nazionali ha sancito l'approfondimento di argomenti inerenti il nuovo fallimento, il concordato, le altre procedure concorsuali, e alcuni profili penali che possono coinvolgere appunto il concorso.
Assopite le critiche ad un Legislatore che priva o diluisce la tutela dell'affidamento, si è cominciato a riscontrare da parte degli Operatori un più approfondito esame degli effetti del diritto riformato e non è mancata la sorpresa che alcuni relatori hanno iniziato ad apprezzarlo.
Nella giornata di venerdì 24 settembre, il Presidente del Tribunale di Brescia, Dott. Roberto Mazzoncini ha coordinato l'argomento "il concordato preventivo", mentre il Presidente del Tribunale di Como, ha coordinato la fase inerente "il ruolo del Tribunale nel concordato preventivo"; il prof. Alberto Maffei Alberti ha orchestrato l'argomento sulle procedure concorsuali alternative "accordi di ristrutturazione e piani di risanamento del debito"; l'argomento "il nuovo fallimento" è stato diretto dal Presidente della sez. commerciale del Tribunale di Brescia Dott. Stefano Rosa.

Vittorio Salvotti

Sabato 25 settembre ha avuto luogo la disamina di "questioni varie di attualità", coordinate dal Rag. Francesco Corrado, Presidente della fondazione "Amici del Rag. Luigi Frigerio", poi Alessandro Nigro, dell'Università la Sapienza di Roma, ha condotto "Profili di responsabilità civile e questioni penali"; il Prof. Guido Umberto Tedeschi, dell'Università di Parma ha concluso i lavori con una lucida sintesi degli argomenti trattati.
La circostanza dell'anniversario ha liberato i ringraziamenti del Presidente della Fondazione Francesco Corrado a tutti gli intervenuti, a chi ha collaborato all'organizzazione del convegno, agli sponsor, ai relatori; ha poi rinnovato i motivi celebrativi alla memoria del Rag Luigi Frigerio mancato nel 1988, ragazzo splendido disponibile ed anche modesto. La Prof. Elisabetta Bertacchini, Preside dell'Università on line "e.Campus" di Novedrate tiene a rilevare il rapporto di lunga durata con il convegno e sottolinea l'impegno dell'Ateneo che rappresenta a preparare persone capaci d'affrontare la crisi d'impresa.
Il Dott. Andrea Passarelli, Presidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Como, dopo i convenevoli, evidenzia il compito ed auspica l'impegno degli addetti ai lavori per omogeneizzare le prassi e pone l'accento sull'importanza della categoria per prevenire la crisi e utilizzare, quindi, le procedure concorsuali il meno possibile.
Il Presidente del Tribunale di Brescia, Dott. Roberto Mazzoncini, informa in merito all'impatto della riforma fallimentare sugli istituti riformati, *in primis* il concordato preventivo che, nella sua nuova versione, risponde ad uno sdoganamento e logica liberistica, essendo stati cancellati alcuni presupposti per l'ammissione alla procedura: sono venuti meno il controllo del Giudice e l'obbligo del trattamento uguale per tutti; l'istituto del concordato preventivo ora penalizza i creditori più deboli. Informa poi, anche alla luce dei primi risultati di una ricerca ancora in corso, promossa dall'Università degli Studi di Brescia con il prof. Renato Camodeca, sullo stato e sulle caratteristiche delle procedure di concordato preventivo omolo-

gate presso il Tribunale di Brescia nel triennio 2007-2009.
I concordati sono comunemente di tipo liquidatorio. Scarsissima è la distinzione dei creditori in classi e inesistente è il concordato che permette all'imprenditore di mantenere la sua attività.
E' del tutto utopistico presumere la capacità dei creditori di valutare la convenienza del concordato.
Il Prof. Iorio, docente di diritto commerciale all'Università di Torino, propone le novità dell'art. 48 del d.l. 78/2010, ove i finanziamenti bancari (non quelli di altri soggetti), effettuati a favore dell'imprenditore che intende eseguire il concordato, sono prededucibili in caso di fallimento.
I finanziamenti ponte, eseguiti nel periodo anteriore alla formazione dell'accordo e presentazione della domanda di concordato, sono prededucibili se indicato espressamente nel decreto che ammette l'imprenditore alla procedura di concordato preventivo. Negli accordi di ristrutturazione i finanziamenti ponte sono in prededuzione se l'accordo sarà omologato. Vi è poi la novità dei finanziamenti dei soci; l'80% dei finanziamenti dei soci conferiti per l'esecuzione di un concordato preventivo o accordo di ristrutturazione dei debiti, (quindi dopo omologazione), è in prededuzione ex art 111 Legge Fallimentare. Il compenso del professionista è in prededuzione se previsto dal Tribunale.
La nuova formulazione dell'art. 217/bis Legge Fallimentare protegge dal rischio penale, se eseguito il concordato preventivo l'accordo od il piano, e pone l'accento sul rischio di togliere la responsabilità penale senza il vaglio del Tribunale.
L'Avv. Marcinkiewicz del Foro di Como assieme al nostro Presidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Brescia Dott. Antonio Passantino, approfondiscono il problema del contenuto del concordato preventivo.

L'Avv. Marcinkiewicz intravede elementi comunque essenziali in tema di concordato preventivo, per il combinato disposto di alcuni articoli del C.C. e del CpC, quali gli artt. 1336 e 1375 C.C. "buona fede in tema d'esecuzione dei contratti"; 1175 C.C. "corretto comportamento tra le parti del contratto"; l'art. 2423 del C.C. applicabile alla relazione del 161 Legge Fallimentare; nonché gli artt. 82 e 125 CpC, che prevedono l'assistenza del legale per la proposta di concordato preventivo.
Il Dott. Passantino, sulla novità della formulazione della proposta di concordato preventivo, evidenzia gli enormi spazi che la legge consente, paradossalmente non utilizzati giacché le proposte continuano a essere formulate in modo tradizionale, offrendo pagamenti in denaro o con cessione dei beni o d'azienda. Il declassamento al rango chirografario di una quota del privilegio speciale è una grande opportunità. Al contrario, il declassamento del privilegio generale non pare possibile se non con nuova finanza. Pone, poi, enfasi sulle due teorie formatesi, (quella della proporzione e quella degli scaglioni o gerarchica), riguardo alle classi poiché manca un pronunciamento qualificato. Nessuno costrin-

ge il debitore alla suddivisione in classi, ma se s'intende assicurare un trattamento differenziato ai creditori, allora la divisione è richiesta.
Nicola Laudisio, Presidente del Tribunale di Como, dopo aver premesso che la buona fede oggigiorno è cosa rara e che è compito dei Giudici fare il possibile affinchè sia rispettata, coordina l'argomento "Il ruolo del Tribunale nel Concordato preventivo".
Il Dott. Massimo Vacchiano, G.D. presso il Tribunale di Cremona, rileva che la giurisprudenza e la dottrina sono ancora divise sulle competenze del Tribunale in tema di accertamento della proposta di concordato. In assenza di una pronuncia della Corte di Cassazione, pare scorgere nelle funzioni assegnate una fase precontrattuale, che è la proposta di concordato preventivo, una fase contrattuale, che è il voto, ed una fase processuale che è l'omologa.
Vito Febbraro, Giudice Delegato del Tribunale di Como, si occupa di "Coerenza e disarmonia: art. 173, ultimo Comma Legge Fallimentare e principio della privatizzazione del concordato preventivo". La disposizione non è nuova, ma esiste da alcuni anni: il primo comma dell'art 173 prevede i casi di revoca dell'ammissione al concordato preventivo. Fa

presente che i termini fissati dall'art. 181, in otto mesi massimo per il decreto di omologazione, impone a tutti gli addetti, professionisti, commissari e giudici, la massima celerità nello svolgimento delle funzioni. Informa, poi, che ritiene sia importante, per monitorare il merito della procedura di concordato preventivo, la qualità della coerenza della motivazione del giudizio di fattibilità piuttosto che quello della convenienza.
Il Dott. Raffaele Del Porto, Giudice Delegato del Tribunale di Brescia, affidatario dello specifico argomento del "giudizio di omologazione", apre con una lucida prospettiva degli effetti della riforma. Confronta la previgente procedura, che dava garanzie di legittimità e tutela delle minoranze tecnicamente perfetta, rendeva poco sulla qualità dei fatti e la procedura era poco praticata; con la nuova formulazione, al contrario, l'istituto del concordato preventivo, anche se privo di alcune tutele e lacunoso dal punto di vista tecnico, è molto più praticato. Lo studio dell'Università di Brescia evidenzia che con il nuovo assetto le procedure di concordato preventivo sono almeno quintuplicate, cogliendo in questo senso l'esatta volontà del legislatore. Risulta ora che la procedura di maggior successo è regolata da poche norme e lacunose.
Le fasi del procedimento partono con il decreto di apertura, ove la cognizione del Tribunale è limitata; c'è una fase di voto privatistica e una fase camerale che sfocia nel decreto di omologazione, ove il Tribunale è chiamato, in prima persona, a vagliare le circostanze.
Una fase così importante com'è quella del decreto di omologazione è regolata dal solo articolo 180 che, anziché dare chiarimenti, crea dubbi. Pure nel caso di opposizione, le norme sono lacunose; l'unico caso di opposizione disegnato chiaramente dalla legge è l'art. 180, 4° comma.

Il prof. Maffei Alberti dell'Università degli Studi di Bologna, propone l'argomento delle "procedure alternative: accordi di ristrutturazione dei debiti, piani attestati di risanamento, e soluzioni stragiudiziali" e spiega che a suo parere, in quanto carente del principio maggioritario, (basta l'unanime accordo del 60% dei creditori e la sua pubblicazione nel registro imprese), ed, in assenza di ruolo da parte dei creditori estranei, la procedura non sarebbe classificabile come concorsuale. E' comunque un modo, anche se fin qui non pienamente sfruttato per uscire dalla crisi. La riforma della riforma, ha poi risolto il rischio penale, escludendo da rilevanza penale gli atti compiuti, anche preventivi, in funzione del risanamento che non avesse buon esito, all'interno del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Interviene poi per riferire la sua convinzione che il Tribunale in tema di omologazione non possa che accertare il soddisfacimento dei creditori estranei, in quanto quelli che hanno partecipato in qualche modo hanno avuto informativa e quindi possibilità di tutela. Dello stesso avviso non è il Giudice Delegato Fontana che avoca al Tribunale anche il diritto del legittimo affidamento di tutti i creditori, compresi quelli che hanno partecipato.

La dottoressa Giulia Pusterla, componente del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili affronta il tema introdotto dal coordinatore Alberto Maffei, osservandolo anche dalla parte del professionista estimatore, ed in tale ambito rileva che l'attestazione deve avere una sostanza funzionale allo scopo, redatta secondo i principi di revisione, da adattare caso per caso secondo i noti principi di "compliance e substantive test". Esorta che l'analisi rigorosa è da svolgere anche nel caso di bilanci dotati di firma di certificazione di primaria società di revisione, in quanto la responsabilità è solo del professionista attestatore. Informa che, secondo i magistrati, le mancanze più diffuse riguardano l'aspetto della realizzabilità del piano. Aggiunge, infine, che la realizzabilità del piano può anche dipendere da un fatto, ben definito, che si manifesterà a breve, dal quale poi potrà dipendere il buon esito della proposta.

Il Dott. Roberto Fontana, Giudice Delegato presso il Tribunale di Milano, guarda con un certo interesse gli accordi di ristrutturazione poiché possono superare problematiche esistenti nel concordato preventivo, che, in pratica, si è rivelata procedura prevalentemente liquidatoria, lontana quindi dagli intenti della riforma.

L'accordo di ristrutturazione supera tutti i problemi di legittimità, par condicio e ruolo del Tribunale (dato che l'aspetto essenziale che deve tutelare è la solidità della proposta, oltre alle garanzie), esistenti all'interno del concordato preventivo essendo puramente negoziale. Negli accordi non esistono le classi ed i problemi connessi. L'esperienza milanese dimostra che la procedura in quest'ultimo anno è decollata non tanto quanto al numero, circa 30, ma come valore oltre 4 miliardi, ed è preferita dalle aziende medio grandi, come procedura capace di conservare il valore dell'azienda.

Pone poi l'accento sull'omologazione che, in caso di non opposizione, è basata sulla relazione, mentre in caso di opposizione è basata sul contradditorio. Auspica che, al contrario, debba essere basata unicamente sulla convinzione della fattibilità del piano poichè un'omologa forte tutela maggiormente.

Il Dott. Giovanni Battista Nardecchia, Giudice presso il Tribunale di Como, rileva che in seno agli accordi di ristrutturazione, esiste, durante il periodo della sospensione (60gg dalla pubblicazione del deposito nel registro imprese), nei confronti del debitore una protezione senza pari nel nostro ordinamento giuridico. Addirittura superiore a quella assegnata al patrimonio del fallito, poiché, ad esempio, i creditori fondiari non possono iniziare esecuzioni e, a differenza dell'art 168, riguarda anche le azioni cautelari. Riferisce poi che se il debitore cambierà la proposta, (ciò è possibile), non avrà la tutela della sospensione. Ritiene poi che la procedura vada nel senso della riforma e che la sfida sia quella per i professionisti di saper indirizzare le aziende in crisi verso questi nuovi accordi, e per i tribunali di arrivare ad una regolamentazione uniforme di questi istituti che non possono che aiutare la loro crescita.

Il Prof. Gian Luca Guerrieri dell'Università degli Studi di Bologna, si occupa dei piani attestati di risanamento, e della riforma intervenuta con la legge 122 del 30.07.10, che esonera da revocatoria e dai reati di bancarotta, cui all'art. 216 III° L.F., le operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di un piano attestato di risanamento. Propone un percorso di rilievo delle fonti giuridiche ed interpretative, quali: il Prof. Lorenzo Stanghellini, la circolare ASSONIME nel documento contenente le linee guida alle imprese in crisi. Il percorso argomentativo evince che il punto chiave, che rende l'attestazione sufficiente ad esonerare dalla revocatoria e dal presupposto penale, si trova nell'art. 67 comma III° lettera d), in quanto la ratio della legge ne uscirebbe fortemente frustrata se fosse possibile sindacare le risultanze della relazione del professionista. Il professionista, quindi, non serve al debitore, piuttosto è utile al sistema, (questo calcolo l'ha fatto tra l'altro anche il legislatore spagnolo); cioè vale la pena scommettere sul risanamento a patto che

un professionista si assuma la responsabilità di attestarlo. Le responsabilità saranno poi eventualmente per il professionista la colpa grave, per il debitore quelle di frode.
Il Giudice Delegato Stefano Rosa, Presidente della Sezione Commerciale del Tribunale di Brescia, in materia di nuovo fallimento dà enfasi ad alcune problematiche sulle indagini preliminari da compiere ai sensi dell'ar.15 L.F. ed, in definitiva, sulla valutazione che deve essere attribuita alla documentazione prodotta o non prodotta in giudizio. Cita la sentenza di Cassaz. 11309 del 2009 molto rigoristica che richiede al debitore di depositare il bilancio e sembrerebbe, per altro verso, che nuova giurisprudenza attribuisca poteri d'ufficio al Tribunale. Solleva il vero problema mai trattato o poco trattato dell'imprenditore non tenuto alla contabilità ordinaria per via dell'esonero che, al contrario, può essere fallibile poiché i limiti dell'articolo uno sono più bassi Altro problema è quello della qualifica dell'artigiano in rapporto alle soglie di fallibilità. Lo stesso pare sia concepito semplicemente come piccolo imprenditore piuttosto che come piccolo imprenditore non commerciale. La non commercialità dell'artigiano era nei fondamenti di tutta la giurisprudenza, e dal tono dell'articolo 1 della Legge Fallimentare, sembra che il legislatore non se ne sia accorto. Chiarisce alcuni principi utilizzati sulla determinazione dei limiti di fallibilità: per esempio, i ricavi, nella maggior parte dei Tribunali non vengono considerati in senso tecnico bensì come valore della produzione. Per quanto riguarda l'attivo, la tesi prevalente è quella per cui i beni in leasing non devono essere considerati. Per quanto riguarda i debiti, il grosso problema è quello inerente il fondo rischi, è meno problematico poi il TFR che è considerato debito ad esecuzione

differita. Per quanto concerne il problema generale del programma di liquidazione, si sa che la versione definitiva ha tolto l'approvazione del Giudice, prevista nella legge delega. Segnala la propria sentenza in materia di pagamenti ai fornitori che ha superato alcuni luoghi comuni; intanto, che l'impresa doveva essere in funzionamento e che i termini d'uso dovevano essere quelli consuetudinari che le parti avevano in precedenza instaurato.
La Prof.ssa Loriana Zanuttigh dell'Università degli Studi di Brescia è attiva sugli "orientamenti in tema di fallibilità": l'art. 1 Legge Fallimentare è una sorta di cartina di tornasole per seguire l'evoluzione del legislatore in tema fallimentare ed introduce all'istruttoria fallimentare, attribuendo l'onere della prova di non fallibilità a carico del debitore. Non è completamente d'accordo che l'onere della prova sia a carico del debitore in quanto bisogna capire se l'oggetto del giudizio è un diritto disponibile; se l'oggetto è indisponibile, non sarebbe possibile attribuire un onere che, al contrario, è presupposto per l'attivazione di diritti disponibili. E la riflessione è che se utilizziamo l'onere della prova alludiamo ad un tipo di diritto positivo nel quale è posta la coerenza della fattispecie ove, al contrario, il procedimento camerale che il legislatore ha voluto introdurre, a differenza del passato, si esprime nel semplice stato di fatto che non vi è un diritto a fallire nè un diritto ad ottenere un fallimento, in quanto il diritto è indisponibile. Il tema dell'onere della prova così è un falso problema poiché la fattispecie è simile a quella dell'esecuzione, ove il pignorato ha l'onere di segnalare i beni che non sono ancora stati colpiti (ovviamente di fronte ad un pignoramento negativo). E' la stessa cosa, qui si dà onere o facoltà al fallito di individuare la non fallibilità.
Segnala anche l'esistenza di un progetto di legge approvato all'unanimità al Senato che disegna una procedura concorsuale diversa per tutti quegli imprenditori che non rientrassero nelle fattispecie già contemplate e nell'insolvenza civile.
La Dott.ssa Laura De Simone, Giudice Delegato presso il Tribunale di Mantova, in materia di programma di liquidazione, relaziona su alcuni aspetti particolari dei rapporti tra gli organi del fallimento, dopo che è stato consentito al comitato dei creditori di intervenire nella liquidazione e al Giudice Delegato di misurare la diligenza del curatore. Individua, pertanto, alcuni campi di osservazione senza

trascurare la possibilità della segretazione. Crea particolare interesse poi l'approvazione del piano che può essere totale, parziale o non approvato. In quest'ultimo caso, se, cioè, il programma fosse bloccato, è sempre possibile intervenire ex art.104/ter VI° comma per gli atti urgenti onde non recare pregiudizio ai creditori.
Il Dott. Biagio Meli, Presidente Aggiunto Onorario della Corte Suprema di Cassazione aggiorna su "orientamenti in materia di revocatoria fallimentare" ed avoca una nostalgica citazione di un istituto quasi scomparso che, applicato con equilibrio, è ritenuto efficace mezzo di tutela della par condicio e della giustizia distributiva. Uno dei mezzi ora attuabili per salvare la revoca è probabilmente la prosecuzione delle procedure, cioè quando si passa da un concordato preventivo al fallimento (art 111 L.F). *Il problema è sempre quello, crisi o insolvenza e qual è la retrodatazione applicabile poi in sede di fallimento?*. La dottrina è divisa poiché il legislatore in materia lascia fare all'interprete. Le sentenze sono pochissime e sono favorevoli alla prosecuzione. Per alcuni giuristi le procedure sono diverse poiché il concordato preventivo è procedura da applicare alla crisi, il fallimento all'insolvenza. Una recentissima sentenza Cassaz. 18437 agosto 2010 dispone che il Tribunale determina ex post che lo stato di crisi è irreversibile e quindi il principio della consecuzione è applicabile avendo a base la medesima situazione. Conclude che la consecuzione è applicabile anche se è generalizzata, poiché protegge interessi che meritano tutela, la reintegrazione dell'attivo. Pone infine l'accento sul nuovo art. 69/bis ove la revoca sarebbe limitata a cinque anni dal compimento dell'atto.
Il Presidente Dott. Stefano Rosa termina la giornata segnalando, in materia di revocatoria bancaria, la sentenza del Tribunale di Milano, Pres. Dott. Mauro Vitiello, del 21.07.09 rep.7998 in "*Il fallimento n. 10 del 2008*", ove tratta per la prima volta il tema della diminuzione consistente e durevole della scopertura.
Sabato 25 settembre le funzioni di coordinamento sul tema "Questioni varie di attualità" sono svolte dal Rag. Francesco Corrado.
Inizia la giornata la Prof. Laura Gualandi in tema di consecuzione tra procedure: il passare da uno degli istituti previsti per la risoluzione della crisi al fallimento. Il passaggio era regolato anche prima della riforma, e in parte le norme si ripetono almeno nelle leggi che dispongono che si passa automaticamente al fallimento qualora il comportamento dell'imprenditore sia censurabile o per mancato raggiungimento delle maggioranze o per risoluzione o annullamento. La disciplina attuale è priva della previsione del passaggio al fallimento in caso d'annullamento o risoluzione del concordato, ma sembra che ciò sia inevitabile. Dopo le premesse, si aprono, per le nuove procedure, criticità nell'individuazione della relazione giuridica della previgente procedura col fallimento. E in tale ambito, mentre è pacifica la consecuzione tra concordato preventivo e fallimento, non si ha certezza quando, ante fallimento, sia stato chiesto un accordo di ristrutturazione o piano attestato di risanamento. Conclude la Professoressa che non vi può essere consecuzione nel caso del piano attestato di risanamento, essendo questo accordo un contratto non una procedura e che il problema della revoca deve anche tenere conto dell'art. 67 III° comma lettera e).
Il Dott. Franco Michelotti, Presidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Pistoia e Presidente della commissione nazionale di studio del diritto fallimentare dopo la riforma, ci informa sui casi di prededuzione dei crediti dei professionisti che assistono l'imprenditore in crisi alla luce della legge 30.07.2010/922 che ha introdotto nella L.F. l'art 182/quater, IV° comma per i crediti del professionista attestatore ex art.161 L.F. ed i crediti del professionista che ha redatto una relazione sull'accordo di ristrutturazione e sul regolare pagamento. La prededuzione è accordata se espressamente disposta nel provvedimento con cui il Tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato. Il testo di legge, può essere letto nel senso che, anche nel caso di accordi di ristrutturazione, è ne-

cessario che il provvedimento del Tribunale, che omologa l'accordo, preveda l'espressa prededuzione del credito del professionista che attesta la attuabilità dell'accordo. L'altra lettura, che il compenso spettante al professionista al 182/bis è prededucibile purché l'accordo sia omologato (senza che sia disposta la prededuzione nel decreto), è entrata in vigore il 31/05/2010 e solo il concordato preventivo avrebbe bisogno dell'espressa disposizione del Tribunale per la prededuzione. La prededuzione è possibile anche nel caso di accordi di ristrutturazione purché l'accordo sia omologato. Si è osservato che se si è preoccupati di prevedere la prededuzione di questi crediti, gli altri sorti in precedenza, non sarebbero in prededuzione. Conclude, dopo una lungo percorso interpretativo, che occorrerà sempre cautelarsi affinché il giudizio di ammissione allo stato passivo possa essere fondato su prove che possano dimostrare la funzionalità dell'opera professionale alla procedura e infine sulla prededuzione del credito del professionista attestatore, che non sarebbe possibile, in quanto non si può affermare che sia in funzione di una procedura concorsuale.

Il Prof. Daniele Vattermoli dell'Università la Sapienza di Roma, parla "di crediti subordinati e concorso tra creditori". I crediti subordinati non sono crediti sottoposti a condizione sospensiva, ove la condizione sospensiva sarebbe data dall'intero soddisfacimento degli altri creditori. In pratica la posizione del creditore che è subordinata a tutti gli altri creditori, non è diversa dalla relazione esistente tra privilegiati e chirografari. Inoltre la natura subordinata non esclude il carattere della concorsualità del credito, e la sua partecipazione alla massa passiva ed alla sua partecipazione alla "par condicium creditorum". La subordinazione non reagisce nella relazione verticale debitore/creditore ma soltanto nella relazione orizzontale creditore subordinato/altri creditori; quindi, per comprendere la natura dei creditori subordinati, è necessario e sufficiente inquadrarli nel sistema della graduazione dei crediti. Essi occupano l'ultimo gradino della graduazione, ma mantengono integri i diritti che il creditore vanta sia in caso di suddivisione in classi sia in caso di autorizzazioni dovute da masse di creditori.

Il Prof. Alessandro Nigro dell'Università la Sapienza di Roma, conducendo i "profili di responsabilità civile e questioni penali" ha a dire che le norme concorsuali tradiscono un difetto di capacità tecnica e giuridica, in quanto non capaci a disciplinare con chiarezza. Ad esempio, il tema della prededucibilità dei crediti in tema di concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti. Per il legislatore la qualità della prededuzione del credito è lasciata al Tribunale. Rileva che non ha significato la parificazione ai crediti prededucibili, essendo il senso della norma quello di dare a questi crediti la prededuzione.

Il Dott. Gianni Sabbadini, Giudice presso il Tribunale di Brescia e per noi noto Giudice Delegato, relaziona in tema di "ripartizione della responsabilità civile nell'ambito degli organi sociali" e non manca di sottolineare il carattere ideologico liberistico o meglio mercantilistico della riforma societaria ed, a proposito del controllo giudiziale sulle società (art.2409), che, con la riforma del 2003, è stato completamento stravolto ed eliminato per le Srl ed in parte per le SpA e lascia il controllo al socio od ai sindaci piuttosto che alla Magistratura. Segnala la poca coerenza della nuova disciplina in materia di conflitto d'interessi (art. 2391), ove, nella nuova disciplina, non è espressamente prevista l'astensione dell'amministratore nelle delibere ove esista un conflitto d'interessi. Informa sui nuovi orientamenti giurisprudenziali in materia di solidarietà degli organi sociali per il danno, che vanno nel senso di confinarla alla reale responsabilità del soggetto. In tema di quantificazione del danno, quindi, la giurisprudenza sempre più si avvicina al concetto di danno risarcibile dotato di un rapporto di casualità tra il comportamento e il pregiudizio arrecato, piuttosto che un danno indeterminato o di natura eccezionale.

Il Prof. Nigro, commentando l'intervento del Dott. Sabbadini, segnala allora, che la figura della responsabilità degli amministratori è fun-

zionale ad attaccare le banche sul presupposto della complicità dell'Istituto nell'inadempimento dell'amministratore. Quindi allorché è configurato l'abusivo ricorso al credito dell'amministratore, lesivo dell'interesse della società, è possibile coinvolgere, quale complice, la banca che ha abusivamente concesso credito. Questo meccanismo ha ricevuto consacrazione formale dalla Cassazione in una sentenza del 2010.

Il Dott. Antonio Chiappani, Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Brescia, solleva il problema della non punibilità di determinati reati e, in particolar modo, l'esenzione introdotta dal recente art. 217/bis; si chiede se l'aumento rapido delle domande di concordato preventivo e delle basse percentuali di soddisfacimento ai creditori chirografari sia normale pratica d'uso commerciale. Quindi introduce l'argomento del "ruolo del P.M. nelle procedure di composizione della crisi d'impresa" e premette che il Tribunale non può più essere attore di un'iniziativa fallimentare, ruolo che hanno solo i terzi creditori e il P.M. Descrive in seguito, il ruolo quasi automatico del P.M. a chiedere il fallimento ex art.173 quando riceve notizia di insolvenza. Rileva che l'art. 236 L.F. è dimenticato poiché la normativa si applica anche al concordato preventivo, con la conseguenza che sono applicabili gli art. 223 Legge Fallimentare in tema di bancarotta fraudolenta e l'art.216 in caso di bancarotta societaria. Rileva che, anche se la legge non dice nulla in tema di relazione del commissario del concordato preventivo, vige anche per lui l'art. 331 C.P., quale pubblico ufficiale, il dovere che esiste per il curatore e, coerentemente, è auspicabile che arrivino sulla scrivania del P.M. anche le relazioni del commissario giudiziale.

Il Prof. Stefano Poli dell'Università degli Studi di Parma, sull'argomento del "concordato di gruppo", premette che il problema scaturisce dal fatto che a volte gli "assets" aziendali sono dislocati in svariate società. La premessa è che in tema di concordato di gruppo e di società la legislazione è carente, sia nella nuova impostazione della Legge Fallimentare sia in quella vecchia. Le norme che si conoscono in materia sono quelle relative al dissesto Sir SpA 78/82, quello dell'EFIM 92/93, poi norme di diritto speciale in materia di crisi di gruppi creditizi, nel testo unico bancario, qualche norma in tema di gruppo nelle procedure amministrative, (essenzialmente amministrazione straordinaria delle grandi società in crisi), ed in particolare, unica norma, l'art 4/bis della legge Marzano.

Ha poi illustrato il percorso giurisprudenziale che, negli anni Novanta, si era caratterizzato per un'accentuazione dell'accentramento delle procedure, arrivando, in un caso, ad accentrare persino i voti di ammissione al concordato. Ora è invaso l'orientamento del mantener distinte le masse passive e attive di ogni società. Coerentemente è bene, se chiamati a farlo, formulare una domanda per ogni società pur ben evidenziando gli specifici collegamenti intersocietari per chiedere il concordato preventivo di gruppo, che la riforma fallimentare, con l'art. 160, e la riforma societaria, con l'art. 2497, ha accentuato. Auspica, infine, lo specifico intervento del legislatore a regolare la materia.

Spetta al Prof. Guido Umberto Tedeschi dell'Università di Parma stilare una sintesi conclusiva del convegno, trovandosi interessato ai dati forniti dal Presidente Dott. Mazzoncini, e ritiene che il concordato preventivo dia risultati migliori che il fallimento A proposito della relazione del Prof. Iorio segnala che l'art. 48 della legge 122 del 2010 sarebbe la naturale conseguenza della riforma del concordato preventivo. Commentando il problema dei poteri del Tribunale ritiene che l'ammissione al concordato preventivo non dovrebbe essere formulata qualora si conoscessero casi ostativi, ai sensi dell'art. 173 Legge Fallimentare, e ritiene che il Tribunale abbia tutti i poteri per accertare tutti i presupposti di ammissione al concordato preventivo ed anche per la ristrutturazione dei debiti. Sull'argomento di ristrutturazione dei debiti, che è un eufemismo in quanto il significato è quello di pagare i creditori solo in percentuale, rileva che il Prof. Fontana ne è entusiasta ma a livello nazionale non è molto praticato. Conviene con quanto affermato dalla Prof. Gualandi che non ritiene la procedura di ristrutturazione dei debiti una procedura concorsuale, semmai di procedura concorsuale *sui generis*. Fa poi un cenno sull'art. 217/bis, del quale ha parlato il Dott. Chiappani, e rileva che le conseguenze della non punibilità siano anche per i piani ex art. 67 III° lettera d) ove l'istituto non è controllato da alcuna pubblica autorità. Parla poi del nuovo art. 48, che prevede nuovi casi di prededuzione compreso il compenso del professionista che stila la relazione, ma non il compenso del professionista attestatore. Riferendosi alla Prof. Zanuttigh ed all'art. 1 della Legge Fallimentare, il Tribunale è autorizzato a dichiarare il fallimento anche quando il debitore non si presenta e non si difende. Sul problema trattato dal Dott. Meli sulla consecuzione delle procedure concorsuali, ritiene che, nonostante tutto, la prededuzione debba essere concessa. Sull'intervento del Dott. Sabbadini, fa notare che, a seguito della riforma, i poteri di difesa dei soci dal comportamento degli amministratori è stato ridotto. Sull'argomento del Prof. Poli, gruppi di società auspica maggior attenzione da parte del legislatore.

Vittorio Salvotti
Dottore Commercialista