



L'angolo
della giustizia

Affollato più che mai di professionisti, il XXI convegno sulla prassi fallimentare a Gardone Riviera

Nel 2010 a Brescia i fallimenti hanno toccato quota 313

Dopo il momento introduttivo e di saluto degli organizzatori, si è dato avvio a Gardone Riviera lo scorso 30 settembre, al XXI convegno di studio sulla prassi delle procedure concorsuali dal tema: "La gestione concorsuale della crisi d'impresa tra legge, prassi ed esigenze del sistema".

"La congiuntura economica epocale" come l'ha definita il nostro presidente Antonio Passantino nella premessa, "costringe gli operatori ad escogitare nuovi e più efficienti strumenti di tutela, e le risposte che alla fine dei lavori potranno essere tratte dimostreranno se la nuova

di Vittorio Salvotti



Vittorio Salvotti

legge fallimentare sarà adeguata ad affrontare un collaudo così severo". Il Rag. Francesco Corrado presidente della fondazione "Amici del Rag. Luigi Frigerio di Como", individua nell'incapacità di reazione tempestiva da parte degli operatori economici il maggior pericolo che porta all'aggravamento della crisi, affermando che "il nostro Paese non può e non deve cadere".

La Prof. Elisabetta Bertacchini, Preside della Facoltà di Economia dell'Università on-line E. Campus di Novedrate, dà atto dell'importanza dell'innovazione quale elemento strategico della risoluzione della cri-



Antonio Passantino



Francesco Corrado



Elisabetta Bertacchini



Flavio Pasotti

si e di implementazione dello stimolo economico.

Il Rag. Franco Polotti Presidente di UBI Banco di Brescia ricorda l'eco a livello nazionale del convegno; auspica una soluzione concordata della crisi d'impresa quale miglior strumento utile per una provincia che è terza in Italia per produzione e quarta per esportazione, ritenendo nel contempo poco attinenti allo spirito del legislatore le soluzioni concordate liquidatorie della crisi, oggi praticate. Il Dottor Roberto Mazzoncini, (già Presidente del Tribunale di Brescia), che coordina la sessione dedicata all'argomento "Profili sociali delle procedure concorsuali e riflessi sul sistema economico", porta alla luce i dati occupazionali della realtà locale, che, secondo la CCIAA nel 2010 sarebbero per Brescia in calo rispetto alla realtà Lombarda.

Le imprese bresciane al 31/12/2010 erano 121.465 il 90% delle quali in attività; il saldo attivo, rispetto all'anno precedente, era di circa 1.274, quasi la metà del trend degli anni precedenti.

Le imprese artigiane bresciane rappresentano il 31,66% della realtà nazionale e, del 39%, nel corso del 2010, si è persa memoria a dimostrazione che è il settore artigiano quello più colpito dalla crisi.

I fallimenti dichiarati dal Tribunale di Brescia nel corso del 2010 sono stati 313 e si avvicinano al record di 329 dichiarati nel 2005 col vecchio rito. I fallimenti non dovrebbero colpire massicciamente le imprese artigiane che, per loro natura, sono in parte escluse dalle procedure concorsuali per carenza di requisiti; vanno, quindi, a pesare sulla congiuntura con particolare veemenza poiché danno ragione di una sfida persa dall'imprenditore e dalle sue maestranze.

Le domande di fallimento del secondo semestre 2010 e primo 2011 sono state a Brescia 1.124 contro le 934 e 780 dei rispettivi periodi precedenti.



Le ore di cassa integrazione autorizzate nella nostra provincia nel 2010 sono state 60 milioni superando del 20% quelle del 2009, già sette volte superiori agli anni precedenti. La circostanza crea tensioni e pesa sulla tutela della forza lavoro, che a sua volta ha connotati preoccupanti non tanto per il tasso di disoccupazione che a livello nazionale si assesta all'incirca al 5%, ma piuttosto sulla disoccupazione delle nuove generazioni che segna un tasso del 29%. Il numero dei fallimenti pendenti avanti al Tribunale di Brescia alla data del 30. 6.2011 è di 1.433, il 15% in più rispetto a quello di due anni prima. E se la durata media del fallimento a Brescia è di cinque anni contro una media nazionale di otto, questa è ancora una durata improponibile per chi è portatore di ragioni di credito, dipendenti in prima fila. Il Dott. Mazzoncini presenta e cede la parola al Prof. Alberto Maffei Alberti dell'Università di Bologna, già nominato Presidente della commissione di riforma delle grandi imprese in crisi il quale propone una considerazione sulla funzionalità delle procedure concorsuali, affermando che essa deve essere misurata alla luce del sistema economico. Oggi disgregazione dell'impresa significa

disgregazione di una organizzazione ed i creditori possono essere interessati all'incasso dei crediti piuttosto che alla continuazione dell'attività, sottolineando che l'effetto a catena della moderna organizzazione è la sempre più numerosa platea degli operatori coinvolti nella crisi. Come seconda considerazione, afferma che le varie riforme hanno accolto molti suggerimenti derivanti dall'amministrazione straordinaria, la quale, per legge, tende a conservare il valore dell'organizzazione d'impresa, ed è indubbio che "disgregazione" significhi perdita di valore dell'impresa. Terza considerazione: la legge permette all'imprenditore di continuare ad operare pur in fase d'insolvenza, quando l'opportunità suggerirebbe di metterlo sotto controllo sin da prima che l'insolvenza si manifesti. Dal verso delle procedure imposte in caso di crisi, l'amministrazione straordinaria ed il fallimento (esclusa la liquidazione coatta amministrativa poiché in parte risponde a logiche diverse), dovrebbero mirare a salvaguardare il valore, o meglio l'organizzazione, cosa che l'amministrazione straordinaria persegue ed il fallimento solo in parte, con l'esercizio provvisorio e l'affitto d'azienda. Il tramonto dell'unicità della catego-

ria dei creditori fa sì che il mantenimento dell'organizzazione sia di solito la condizione più ricercata.

Sempre in tema di profili sociali delle procedure concorsuali, il Dott. Flavio Pasotti imprenditore bresciano e presidente di INN.TEC Brescia, consorzio di imprese per la ricerca e l'innovazione, fa presente che negli ultimi sessant'anni il sistema costruito s'è basato sullo scambio di minor rischio contro minore mobilità sociale, diffondendo una cultura della prevenzione che in questi tempi sembra volta al capolinea. Contemporaneamente sono diminuiti gli ambiti dei mercati liberi a favore di quelli in regime amministrato o controllato. Confessa poi, come la generalità degli imprenditori, di affrontare il novero dell'economia dal punto di vista dell'opportunità e del rischio, considerando anche situazioni di crisi, senza pensare mai all'eventualità del fallimento. La conseguenza è che quando l'imprenditore arriva al fallimento è impreparato e pagherà un dirompente scotto, mentale, psicologico e di adattamento alla nuova realtà. Invita poi gli operatori economici a non criminalizzare il fallito, poiché il fallimento è insito nella condizione di rischio in cui opera l'imprenditoria, affermando che esiste dignità anche nel fallimento.

La Dottoressa Laura Spezia della Segreteria Nazionale della FIOM avendo a cuore il destino dei lavoratori redarguisce sulla insensibilità al problema quando l'impresa va in crisi. (Il coordinatore Roberto Mazzoncini li definisce: "l'altro rischio"). Il punto di vista del sindacato è il punto di vista che deriva dalla pratica quotidiana, e pensa che lavoratrici e lavoratori dovranno aspettarsi tempi ancora più duri. Il sindacato da anni si misura con norme che prevedono la privatizzazione dei conflitti lavorativi come fossero commerciali. L'art. 8 della manovra

estiva cancella di fatto il contratto collettivo di lavoro e introduce la possibilità di derogare alle leggi sul lavoro. In tema di legge fallimentare, la riforma che sposta autonomia dal Giudice delegato ai creditori, evidenzia ancora poco interesse alle problematiche dei lavoratori attribuendo, al contrario, maggiore enfasi alla realtà aziendale ed ai suoi rapporti con i creditori.

Contesta il concordato liquidatorio camuffato da tornaconto sociale creando un dumping sleale e non contrattato, prima di tutto verso i concorrenti e, subito dopo, verso i lavoratori, come si sta verificando nel campo della telefonia. Ogni passaggio di questo tipo va contro il livello occupazionale e retributivo dei lavoratori. La Legge 428/1990, all'art.47 IV°, e l'art. 2112 del Codice Civile disciplinano i diritti del lavoratore in materia di trasferimenti di azienda o di singole unità produttive, disponendo in pratica il mantenimento delle condizioni precedenti. L'attuale legislazione in tema di ammortizzatori sociali fornisce strumenti capaci di fronteggiare il problema di tutela dei lavoratori. Trattasi della cassa integrazione straordinaria ed i contratti di solidarietà che consentono un piano

di tutela dei lavoratori fino a cinque anni. Auspica infine il riconoscimento dell'impresa come un bene comune delle lavoratrici/lavoratori e dell'imprenditore.

Al Presidente del Tribunale di Como Dott. Nicola Laudisio, spetta dirigere la seconda sessione dal titolo: "la composizione della crisi finalizzata al risanamento dell'impresa". Soprattutto quando si ricorre ad un finanziatore esterno è possibile risolvere situazioni occupazionali anche complesse. La trama offre grande respiro alla riforma della Legge fallimentare (introdotta con legge 30.7.10 n.122) e presenta uno dopo l'altro i relatori della sessione. Presenta quindi il primo relatore, Mauro Vitiello, Giudice fallimentare del Tribunale di Milano, il quale informa, a proposito di problemi cogenti, del concordato preventivo con classi nella prospettiva liquidatoria e nella prospettiva del risanamento. Individua nell'argomento delle classi (gruppi di creditori aventi requisiti di omogeneità, ove la legge consente al debitore di prevedere un trattamento differenziato), un complesso problema di legittimità, che va ad intaccare il tradizionale principio della "par condicio creditorum", nell'ottica di favorire



una crisi concordata. Fa presente, in merito alla funzione valutativa e di legittimità del Tribunale, in fase preventiva al momento dell'apertura della procedura, che non è verosimile definire principi generali per la valutazione della correttezza delle classi, in quanto essa è caratterizzata dall'autonomia del debitore e potrà essere diversamente valutata nella prospettiva del risanamento rispetto a quella della liquidazione. In fase di omologazione poi il Tribunale non potrà esprimersi sulle classi con un nuovo giudicato a meno di variazioni nel frattempo intervenute.

Dà atto della possibilità della falcidia di creditori privilegiati, quando ciò è comunque una posizione migliorativa rispetto a quella della liquidazione dell'azienda. Pare comunque non praticabile la falcidia nel caso della cessione dei beni in funzione liquidatoria in quanto il portatore di un privilegio generale ha comunque priorità rispetto ad un chirografario (a meno di apporti di liquidità esterna). Riterrebbe necessario anche un intervento legislativo tendente a poter ridefinire il piano sin dalla sua fase esecutiva, qualora fossero notate incompletezze.

Suddivide i concordati,

a) di tipo liquidatorio tra quelli di natura:

- traslativa della proprietà dei beni del debitore ai creditori, ove il decreto di omologazione funge da titolo avente natura di decreto di trasferimento;
- retributiva, con garanzia da parte del debitore di soddisfare una percentuale del chirografo (lo strumento può anche essere la cessione dei beni);
- gestionale, quando il debitore cede i beni ai creditori (1977 C.C.), e promette qualcosa anche ai chirografari (basta 1,00 euro).

Nonostante il tono contrattuale/privatistico del nuovo concordato, l'art. 2740 C.C. non rende possibile che

nella procedura concorsuale il debitore tenga per sé parte dei suoi beni, e nel caso prospettato, la gerarchia della maggioranza dei creditori non può prevalere su quelli dissenzienti.

b) Si può parlare di concordato conservativo quando:

- il concordato è liquidatorio, ma dal punto di vista economico viene garantito il mantenimento dell'impresa (col risultato di mantenere almeno in parte l'occupazione);
- è prospettata apertamente la sistemazione della propria situazione debitoria ed è continuata l'attività.



Anche nell'ambito del concordato di risanamento per via dell'art. 2740 C.C., non è possibile pagare ai creditori chirografari una percentuale inferiore a quella che si sarebbe potuta ricavare dalla liquidazione dell'azienda. E' ammessa quindi l'ipotesi del concordato di risanamento qualora vi sia immissione di nuova finanza di natura esterna. La postergazione del pagamento di alcuni creditori ad esempio è paragonabile a finanza esterna.

• L'imprenditore cede tutto tranne l'azienda per pagare i debiti con i nuovi utili dell'attività. Questa terza ipotesi è ovviamente meno perseguibile.

Alberto Guiotto, Dottore Commercialista in Parma svolge un lucido intervento sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182/bis L.F. ritenendo che essi possano essere collocati tra il concordato preventivo ed i piani attestati. L'istituto nella pratica non è tanto utilizzato e, quando è attivato, lo è precipuamente per funzioni liquidatorie ove sia facile arrivare alla soglia del 60% dei debiti sommando tra loro pochi creditori. Sulla nuova finanza usata per raggiungere lo scopo del tema evidenzia che i rischi esistenti sono stati molto mitigati dalla legge 122 del 2010, che ripara da alcuni casi di bancarotta e

revoca, (introdotta con l'art. 217/bis) e introduce una particolare tutela dei finanziamenti concessi in funzione di composizione negoziale, ampliando l'ombrello protettivo sul patrimonio del debitore da azioni esecutive, cautelari, e proteggendo anche la fase precedente, quella delle trattative.

Purtuttavia la fase ante omologa è ancora scoperta dalle tutele penali e di revoca. L'art. 217/bis copre solo la fase di esecuzione dell'istituto non la fase preliminare. Peraltro il nuovo 182/quarter protegge il rischio patrimoniale anche nella fase preliminare, quindi anche prima della pubblicazione nel registro

delle imprese degli accordi di ristrutturazione, a patto che sia erogato da banca o istituto finanziario ex art. 106 TUB, sia funzionale alla presentazione della domanda, sia considerato all'interno dell'accordo e l'accordo sia poi omologato. Non vi è obbligo in questo caso dell'esplicita pronuncia del Tribunale in merito alla prededucibilità. Per ulteriori considerazioni, il relatore è del parere che l'innovazione legislativa presenti nonostante tutto ancora una criticità in quanto l'istituto sembra destinato al solo raggiungimento della soglia del 60%, con esclusione dei creditori minori.

La professoressa Elisabetta Bertacchini parla delle novità introdotte dalla L. 122 del 30. 7.10 (che ha convertito il DL 78 del 31. 5.10) in merito alla nuova finanza in tema di soluzioni concordate. L'art. 184/quarter introdotto dalla legge in premessa:

- al comma uno, accorda agli istituti di credito e finanziari, (di cui agli art. 106 e 107 TUB), la prededuzione stabilita dall'art. 111 L.B. per finanziamenti (s'interpreta analogamente al 2467 C.C. in qualunque forma effettuati), "in esecuzione" di un concordato preventivo ex art. 160 e segg., o di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex 182/bis omologato;
- al comma due, esiste la parificazione alla prededuzione del 111 LF, per gli stessi titoli indicati nel 184/quarter I°, eseguiti, "in funzione della presentazione di una domanda" di ammissione al concordato ex art. 160 o "della domanda di omologazione" dell'accordo 182/bis, purchè siano previsti nelle domande ed espressamente accordati dal Tribunale nell'accoglimento del concordato o nell'omologazione dell'accordo, accordando così all'autorità giudiziaria poteri di vigilanza mediante un controllo di legittimità sostanziale;
- al comma tre, è concessa l'applicazione del primo comma anche ai finanziamenti rimborsati ai soci da parte di Srl, (e pare anche da parte di SpA "chiuse", e quelle sottoposte alla direzione e coordinamento), nei limiti dell'80%, dando vita ad una deroga del disposto dell'art. 2467 e 2497/quinquies C.C. che ne imporrebbe la restituzione nel caso di fallimento della società entro un anno. Poiché la norma applica al caso il primo comma, di conseguenza, sarebbe escluso il secondo comma, (quello del momento della domanda), e nel limite dell'80%, il residuo 20%, andrà quindi postergato;

cauzione del primo comma anche ai finanziamenti rimborsati ai soci da parte di Srl, (e pare anche da parte di SpA "chiuse", e quelle sottoposte alla direzione e coordinamento), nei limiti dell'80%, dando vita ad una deroga del disposto dell'art. 2467 e 2497/quinquies C.C. che ne imporrebbe la restituzione nel caso di fallimento della società entro un anno. Poiché la norma applica al caso il primo comma, di conseguenza, sarebbe escluso il secondo comma, (quello del momento della domanda), e nel limite dell'80%, il residuo 20%, andrà quindi postergato;

- al comma quarto, è concessa la prededuzione dei compensi spettanti al professionista incaricato della relazione ex art. 161 III° e 182/bis I°, purché ciò sia espressamente previsto nel dispositivo con cui il Tribunale accoglie la domanda ex art. 160 ovvero omologa l'accordo ex 182/bis. La norma accorda il beneficio al solo esperto attestatore escludendo quindi il compenso dell'operato degli altri;
- tutti i crediti di cui ai precedenti commi sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze. Rivela infine la mancata previsione dei finanziamenti effettuati in es-

cuzione di piani attestati di risanamento ex art. 6 III° d).

Il Presidente della Sezione Commerciale del Tribunale di Brescia Dott. Stefano Rosa sovrintende alla trattazione del terzo tema: "Il Concordato preventivo questioni e problemi d'attualità".

Presenta la Dottoressa Laura De Simone, noto Giudice delegato del Tribunale di Mantova, che tratta delle "vendite immobiliari", e sull'argomento vede un irrigidimento del legislatore riformista del concordato preventivo, in quanto l'art. 182 L.F. che è rimasto immutato ora va letto alla luce del nuovo art. 160 L.F., che per alcuni lascia al debitore la massima libertà di trovare mezzi per soddisfare i creditori, per altri al contrario l'art. 182 avrebbe sempre la prevalenza sull'art. 160, prevedendo in ogni caso, procedure competitive e l'autorizzazione del comitato per la cessione dei beni. Orientamento questo al quale potrebbe aver aderito la Corte di Cassazione con la pronuncia 15699 del 15.7.2011. Corollario dell'orientamento è che il potere integrativo del Tribunale è inversamente proporzionale al dettaglio della proposta concordataria. Queste considerazioni sono state offerte dalle recenti



pronunce della Corte di Cassazione 1345 del 20.1.11 e 5993 del 14.3.11, per procedure ante riforma, comunque qui applicabili, che sanciscono l'intangibilità della proposta approvata dai creditori. (L'insuccesso del concordato potrebbe non essere imputabile al debitore se l'esecuzione si svolgesse per scelta del Tribunale). Al contrario troveranno applicazione gli art. 105 e 108 L.F., quando la fase esecutiva non è regolata dal piano concordatario.

Nel vigente sistema il richiamo alle norme fallimentari in tema di vendite immobiliari, richiede procedure competitive ed adeguate forme di pubblicità. Ritiene poi l'esperta relatrice, che il Giudice delegato possa operare le cancellazioni dei gravami, anche quando la vendita segua le forme negoziali (possibili anche nel concordato post riforma), non solo quelle esecutive. E' la tesi espressa dalla Suprema Corte a Sezioni Unite il 16.7.08 n. 19506, ritenendo che la procedura negoziale in ambito concordatario raggiunga le stesse finalità dell'esecuzione forzata avente quindi natura coattiva.

Il Presidente Dott. Rosa sottolinea che la sentenza della Corte di Cassazione 15699/2011 sia una realtà su cui i Tribunali si dovranno confrontare avendo stabilito che il debitore non può fare il liquidatore e che il liquidatore debba avere i requisiti di legge. Inoltre deve essere presente il comitato dei creditori. Infine, sulla eventuale supremazia del progetto di esecuzione del concordato, sull'art. 182 o viceversa non intravede una contrapposizione, in quanto se il programma prevede una vendita (conveniente), ad un dato soggetto, l'esecuzione del programma andrà in quel senso. Se il programma è equilibrato e ben accettato dalle parti non si intravederebbero motivi di prevalenza. La Cassazione oramai da due anni cerca di mettere a posto la complessa tematica concordataria



tra gli entusiasmi del polo privatistico (anche ante riforma la procedura concordataria era "privatistica"), e le concrete realtà delle contrapposte esigenze degli operatori economici. Nel presentare il Dott. Gustavo Nanni, Giudice fallimentare del Tribunale di Brescia; il Presidente introduce il tema dell'"accertamento del passivo", nella duplice accezione: sia di tipo volontaristico, sia di tipo contenzioso. Il relatore anticipa non esservi nel concordato preventivo l'assenza dell'accertamento del passivo quale attività giurisdizionale diretta alla statuizione sull'esistenza e contenuto di diritti soggettivi, ma quale attività di giudizio ordinario ove i rapporti obbligatori sono accertati secondo le norme processuali civilistiche ordinarie. Semmai è riconoscibile un accertamento del passivo nelle attività introdotte dalla riforma con l'art. 182/quarter, comma II° e IV°, finanziamenti ponte e compenso del professionista accertatore riconosciuti nel decreto d'ammissione del Tribunale. L'attività del Giudice delegato tendente ad individuare i crediti ammessi alla votazione può essere interpretata:

a) come attività amministrativa non soggetta alla domanda (infatti i creditori sono invitati dal Com-

missario a partecipare), in questo caso l'attività del Giudice delegato sui creditori aventi diritto al voto si estrinseca in un elenco di creditori ammessi al voto (non immutabile);

- b) il Giudice delegato emette un provvedimento di riconoscimento dei creditori che normalmente si allinea a quello dell'art. 161, così come rivisitato dal Commissario Giudiziale, ancorché nulla vieti che il provvedimento del G.D. si discosti da quello del Commissario, magari perché in udienza ci si accorge che il credito già passato dal filtro degli altri organi della procedura non è idoneo. Per esempio, il contratto preliminare (che non è colpito dalla falcidia), manipolato dal debitore come debito chirografario di restituzione della caparra o garanzia, anziché della sua integrale esecuzione come è richiesto;
- c) il Giudice delegato nel valutare i crediti ai fini del voto si basa sulle scritture contabili, ma possono verificarsi dei casi ove nuove informazioni fanno sì che il Giudice delegato possa decidere diversamente, come nel caso di un credito prescritto. La forma è quella di un provvedimento

to d'ufficio dando per scontato l'esercizio del provvedimento nel successivo giudizio di cognizione. Alla fine il Magistrato relaziona sulla possibilità che il Commissario Giudiziale ed il debitore si trovino entrambi a difendere posizioni obbligatorie contro il creditore.

Vien presentato come argomento di notevole importanza quello trattato dall'avv. Andrea Marcinkiewicz, Avvocato del foro di Como: "I rapporti di leasing ed i preliminari immobiliari". Il relatore riferisce di una diversa definizione nel caso del leasing (quale rapporto giuridico ove entrambi i soggetti non hanno eseguito quantomeno in parte le loro prestazioni; ovvero una parte ha eseguito completamente la prestazione, ed è creditrice). Nel fallimento i debiti pecuniari si considerano scaduti nel momento della sentenza, mentre nel concordato si considerano scaduti nel momento di presentazione del ricorso. Dal caso del preliminare immobiliare il cui principio è sancito dall'art. 72 per la parte attribuibile al concorso fallimentare (il contratto rimane sospeso e spetta al curatore decidere; per esempio il promissario acquirente che ha già pagato il dovuto ed ha già il possesso dell'immo-

bile, non ne è titolare, se non è stato stipulato l'atto definitivo di vendita, così il contratto si ritiene ineseguito), mentre non esiste disciplina dei rapporti pendenti del concordato preventivo per i preliminari di vendita. Dà atto dell'applicabilità della disciplina del 72/bis, nei limiti del solo art. 5 del D.L. 122/2005. Questo D.L. è a tutti gli effetti norma da poter utilizzare in merito al preliminare di immobile da costruire, esso impone a pena di nullità del contratto, la consegna di una fidejussione a prima richiesta relativa ai versamenti dal compratore anticipati e, con la trascrizione, attribuisce al creditore il privilegio sull'esecuzione del contratto fino ad un anno dalla sua conclusione ed al massimo per tre anni dalla trascrizione. Fa poi una distinzione tra contratti



ORDINE
DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI
CONTABILI

Convegno di studio

LA GESTIONE CONCURSALE DELLA CRISI D'IMPRESA TRA LEGGE, PRASSI ED ESIGENZE DI SISTEMA

ventunesima edizione

30 Settembre - 1 Ottobre 2011
Grand Hotel di GARDONE RIVIERA (BS)

con la collaborazione e il patrocinio di

Fondazione
Amici Rag.
Luigi Frigerio
Cantù



Silvio Poma - Gardone Riviera (Lago di Garda)

con il contributo di

UBI Banco di Brescia

GRUPPO 24 ORE

progetto studio
SOFTWARE E SERVIZI



ad esecuzione immediata e quelli ad esecuzione periodica, (fra questi ultimi il leasing), distinguendo anche in contratti di durata le cui prestazioni siano scindibili da quelli cui le prestazioni siano inscindibili. Nel primo caso il vincolo sinallagmatico si ripete nel tempo (esempio, locazione classica, ove i crediti della concedente saranno concorsuali), mentre nel secondo caso (esempio, un leasing traslativo), essendo le prestazioni considerate inscindibili, il concedente avrà diritto al pagamento. Il trasferimento d'azienda nel fallimento e nel concordato preventivo, secondo la Dottorssa Giulia Pusterla,

componente del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, chiamata appunto a coordinare l'argomento, affronta l'aspetto conservativo delle procedure concorsuali. Illustra un innovativo possibile esempio di fallimento conservativo ove tutti gli organi della procedura dovrebbero lavorare in tal senso, assieme al debitore. Definisce poi la riforma italiana all'avanguardia, avendo essa mutuato in parte da quella statunitense che al momento è la più avanzata in materia.

Presenta quindi il Dott. Vito Febbraro, Giudice Fallimentare del Tribunale di Como, il quale prospetta il problema "l'affitto d'azienda finalizzato alla sua conservazione e/o al miglior realizzo". La novità dell'art. 104/bis della L.F. per la stipula del contratto d'affitto d'azienda, comporta una serie di obblighi da parte del curatore che prima non esistevano; principalmente per quanto ha attinenza con la pubblicità e la trasparenza informativa dell'operazione. La natura contrattualistica del contratto d'affitto d'azienda richiede poi che il curatore operi dotato delle opportune autorizzazioni. Dall'altro canto ritiene che siano applicabili tutta una serie di disposizioni del Codice Civile, quali l'art. 1619, sulle prestazioni di idonee garanzie e, se rientrante nel caso, di un giusto indennizzo a favore dell'affittuario (sappiamo poi che il comma II° dell'art. 104/bis L.F. in merito alla conservazione dei posti di lavoro, assente nella passata disciplina, è argomento cui i Giudici hanno sempre risposto con attenzione). Il relatore pone poi enfasi all'autonomia del curatore, ora attribuitagli dall'art. 79 L.F. per quanto spetta alla decisione di recesso di un contratto di affitto d'azienda in corso, per compiere il quale, non servirebbero autorizzazioni alcune, ed in questo frangente escluderebbe la tesi da taluni cavalcata dell'utilizzo dell' art. 104/ter

per descrivere un qualche tipo di controllo sull'operato del curatore. Ciò nonostante il curatore dovrebbe far tesoro dell'art. 102/bis, L.F., se non altro per evitare censure o contestazioni, se non altro per l'aspetto convenzionale.

Un problema sull'argomento attiene ad eventuali diritti di prelazione derivanti da ragioni contrattuali ante fallimento, che a rigor di logica non trovano spazio nel fallimento senza l'accertamento del Giudice delegato ma che potrebbero essere opposti al curatore sia se continuasse nel contratto, sia se recedesse. In questo caso nulla vieta che il Curatore, avuta ragione del problema, stipuli un nuovo contratto che sani l'anomalia del vecchio.

La Dottoressa Pusterla, protagonista del coordinamento della quarta sezione del convegno chiede a Vito Febbraro se sia attuabile o meno che il curatore che avesse deciso di proseguire nel contratto e successivamente, senza inadempienze di controparte volesse recedere, magari perché si trova un acquirente al quale sarebbe più che conveniente vendere l'azienda affittata. La risposta è sostanzialmente negativa a meno che non si voglia scomodare, per quanto possibile, l'art. 2923 C.C. sul giusto prezzo.

"Gli ammortizzatori sociali e il trasferimento dei lavoratori", è argomento curato da Fabrizio Daverio Avvocato del Foro di Milano che da sempre si occupa di legislazione del lavoro, il quale contrappone la legislazione nazionale (art. 2112 C.C. e art. 47 L. 29/12/90 n. 428) a quella europea pure vincolante (Direttiva del 12 marzo 2001/23/ del Consiglio), sul trasferimento d'azienda con riguardo ai diritti dei lavoratori. Informa poi sulla flessibilità della legislazione italiana e di quella europea, più rigida, in caso di crisi e sugli ammortizzatori sociali.

Qualora il trasferimento d'azienda sia perpetrato all'interno della pro-

cedura fallimentare, dell'omologazione di un concordato preventivo consistente nella cessione di beni, di una liquidazione coatta amministrativa, di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, non trova applicazione l'art. 2112 C.C., e l'accordo sindacale sempre richiesto, può anche prevedere che il trasferimento non riguardi il solo personale sovrachiarante, e per il rinnovato art. 105 L.F., (che dà vigore alla disapplicazione dell'art. 2112 C.C.), esclude la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento, prevista dall'art. 2560 C.C. Il dato di sintesi è che l'Italia ha trovato maggiore spazio di flessibilità rispetto alla legislazione UE che ammette la deroga alle regole solo in caso di procedura concorsuale soggetta al controllo di Autorità, e non nel caso di semplice crisi o insolvenza non vigilata. In ogni caso le deroghe non possono comportare l'eliminazione dei diritti dei lavoratori, ma solo "mutamenti delle condizioni di lavoro" o modifiche alla disciplina in merito al trasferimento degli obblighi del cedente. La rigidità della direttiva europea ha poi influenzato l'art. 47 della L. 428/90 che nel testo ante 2009 era ancora più liberista. Recentemente il legislatore con l'art. 8 della manovra bis ha introdotto una norma rivoluzionaria che permette la deroga alle disposizioni delle norme sul lavoro. Informa poi sugli ammortizzatori sociali nazionali, peraltro già trattati dal relatore Laura Spezia, ed altri ammortizzatori in deroga ai precedenti di natura Regionale.

Giulia Pusterla riassume la materia e ritiene essere necessario che l'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili si insedi a Bruxelles con un Ufficio, per l'importanza legislativa che l'Europa ha acquisito sempre maggiormente; informa poi che l'argomento Europa sarà inseri-

to nel prossimo convegno nazionale dei Dottori Commercialisti che si terrà a Bari il prossimo 4/10/2012. Presenta poi il Dott. Massimo Vacchiano che è stato per tanto tempo Giudice Delegato al Tribunale di Cremona ed ora è Consigliere della Corte d'Appello di Brescia, in tema di: "rapporti contrattuali pendenti". Il Dott. Massimo Vacchiano ha apprezzato la relazione del Prof. Maffei Alberti sul valore dell'organizzazione d'azienda affermando che il contenuto della propria relazione si riferisce proprio a tale situazione. In effetti i trasferimenti d'azienda devono essere osservati nell'ambito del fallimento distintamente da quelli del concordato preventivo ove le cose in comune possono essere solo scorte nell'assiduo impegno alla trasparenza che devono avere i loro organi gestionali.

Nel fallimento l'art. 105 IV°, prevede una duplice disciplina per i debiti del fallito "puri" sorti in virtù dell'adempimento dell'altro contraente e per quelli non compiutamente eseguiti da entrambi, prima del fallimento. Nel primo caso diversamente da quanto disposto dall'art. 2560 C.C. l'acquirente dell'azienda non risponde per questi debiti, favorendo così la conservazione ed il risanamento. Per l'altro caso dei rapporti contrattuali pendenti nel concordato preventivo giurisprudenza e dottrina sembrano orientati ad applicare il combinato disposto dell'art. 2558 I° C.C. con il 72 e segg. della legge fallimentare. In questo caso, è noto, non possano essere trasferiti i contratti che si sciolgano "ope legis" (ex quelli all'art. 78 L.F.), e quelli sciolti per volontà di una delle parti, sicché tutto il resto sarebbe trasferibile a meno della prova del carattere personale del contratto, o del patto contrario¹⁻².

Non è dato di conoscere una norma che regoli la fattispecie di contratti pendenti in caso di trasferimento dell'azienda nel concordato preven-

tivo, così nasce l'esigenza dell'interpretazione analogica che non pare opportuno riferire all'art. 72 L.F.³, poiché il concordato preventivo non comporta lo spossessamento dei beni, ma, semmai, sembrerebbe che la soluzione stia nell'individuare il ruolo del Liquidatore giudiziale che, nel caso di vendita dell'azienda parrebbe essere solo quella di legittimazione dell'atto. Se, dunque, non è configurabile un potere di scelta contrattuale da parte del Liquidatore sui rapporti pendenti, non diventando parte contrattuale per tali beni, è evidente che i contratti pendenti, insensibili alle determinazioni concordatarie, continuano il loro naturale corso, poiché anche qui è applicabile l'art. 2558 C.C. Ciò, tuttavia, non significa sostenere che la domanda di concordato non abbia effetti, dato che l'art. 1461 C.C. dà la possibilità alla parte in bonis di sospendere l'esecuzione del contratto.

Il Dott. Massimo Vacchiano non è infine d'accordo sull'utilizzo dell'art. 167 L.F. per sospendere un contratto per insolvenza in attesa di una decisione da parte di un organo della procedura.

Il Rag. Francesco Corrado che abbiamo già avuto modo di presentare, assieme agli organizzatori del con-

vegno, sovrintende ad un argomento consolidato nell'idea dei promotori del convegno sulla prassi fallimentare: "Norme e orientamenti recenti in materia di procedure concorsuali", e presenta il Dott. Nicola Cosentino Giudice fallimentare del Tribunale di Varese, sulla parte che porta il titolo: "la fallibilità dell'impresa agricola nel contesto industrializzato dell'agricoltura".

Lo statuto dell'imprenditore agricolo ha subito negli ultimi tempi profonde modificazioni per accogliere i caratteri industriali insiti in quest'attività. Il D.L.vo 228/01 all'art. 2 richiede l'iscrizione obbligatoria dell'imprenditore agricolo nell'apposita sezione speciale del registro imprese, sottoponendo così l'agricoltore ad una pubblicità dichiarativa già prevista per le attività commerciali con la conseguenza della tacita abrogazione dell'art. 2136 C.C.. Le scritture contabili non obbligatorie nel tradizionale statuto

1. Non è consigliabile un riparto nel caso di rapporti contrattuali pendenti;

2. In caso di rapporti pendenti per inerzia del curatore per taluni la cessione d'azienda opererebbe anche la cessione del rapporto pendente, per altri il curatore avrebbe ancora la possibilità di decidere dopo il trasferimento. Il relatore preferirebbe la prima soluzione.

3. Per l'appunto l'art. 182 L.F., nel richiamare alcune norme del fallimento non cita l'art. 72 e segg.



dell'impresa agricola sono in pratica introdotte dalla legislazione comunitaria per coloro che intendessero ottenere l'erogazione di contributi pubblici. Infine l'esclusione dell'impresa agricola dalle procedure concorsuali è quanto meno inattuale e l'art. 23 XVIII° del D.L. 98/11 conv. nella L. 111/11 permette l'utilizzo degli strumenti indicati nell'art. 182/bis e 183/ter per la risoluzione concordata della crisi, in attesa di revisione sistematica della disciplina dell'imprenditore agricolo. La dettagliata relazione che il Magistrato compie va a toccare tutte le principali problematiche del settore, dall'evoluzione storica del principio dell'imprenditore agricolo, dal codice di commercio all'attuale Codice Civile fino alla revisione legislativa di imprenditore agricolo, che non può sottacere i rischi connessi allo svolgimento dell'attività agricola, quali il regime di responsabilità per i prodotti difettosi d.lg. 206/05 (c.d. codice di consumo). La relazione informa anche sullo sforzo giuridico di individuare un collegamento col fondo per definire l'attività agricola, poiché il criterio agro-biologico non è più sufficiente a reggere il formato normativo, come fotografato dalla riscrittura dell'art. 2135 C.C.⁴

Novità per i partecipanti al convegno è stata l'argomentazione della non assoggettabilità al fallimento dell'attività agricola svolta sotto l'egida di società di tipo commerciale. S'è notata una certa sorpresa all'affermazione che l'assoggettamento alle procedure concorsuali prescinde dalla forma dell'impresa e si aggancia all'attività concretamente esercitata. L'attività svolta entro i limiti del riformato art. 2135 C.C. come ermeticamente codificato nello statuto, evita la possibilità all'imprenditore agricolo di essere assog-

gettato a procedure concorsuali. Al contrario utilizzare un patto sociale che prevede anche attività commerciale comporterebbe l'assoggettabilità alle procedure concorsuali indipendentemente dallo svolgimento dell'attività agricola.

Il Dott. Raffaele Del Porto, esperto Giudice fallimentare del Tribunale di Brescia, ha cura di informare sulle novità riguardanti "I controlli affidati al Tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo" e per primo intende sviluppare il discorso dei controlli del Tribunale sulla fattibilità della domanda, chiarire se il Tribunale abbia o non abbia poteri di controllo sul merito oltre che sulla possibilità di dichiarare inammissibile una domanda, e se, diversamente da quanto indicato dal debitore ed attestato dal professionista, il Tribunale ritenga il piano non fattibile. Il problema si è rafforzato nel tempo, per la disciplina a volte lacunosa, fino ad arrivare al decreto correttivo che ha prodotto un testo apprezzabile e per la risoluzione dei problemi. Il nuovo testo dell'art. 163 *il Trib. ove non abbia provveduto a norma dell'art. 162 I° e II°* e per il rimando dell'art. 162 al 160 e 161, in pratica all'intera veste formale proposta, farebbe pensare che il riformatore intendesse dare al Giudice più poteri di quelli licenziati nei decreti precedenti, quindi quand'è uscita la sentenza della Suprema Corte n. 21860/10, che in pratica censura la possibilità che il Tribunale possa dichiarare inammissibile la proposta, non condividendo il piano di fattibilità, i commenti della sentenza sono stati poco positivi criticando il principio del richiamo al giudizio di omologazione. L'altro spunto è quello del creditore dissenziente, che voglia trovare strumenti di tutela della sua posizione contenziosa senza essere schiacciato dalla maggioranza consenziente. In tale ambito la Corte di Cassazione

tutela il creditore che vota contro la proposta non ritenendola seria e fattibile, dandogli la possibilità di proporre opposizione nel giudizio di omologazione. Quindi non sarebbe consentito secondo questo orientamento al Tribunale di verificare d'ufficio la fattibilità del piano in sede di ammissione, lo può fare in sede di omologa solo in presenza di opposizione di un creditore. Informa poi su altre sentenze della Corte di Cassazione e su altri principi in esse contenute. Come ad esempio l'importanza dell'assoluta trasparenza dei dati dell'attività del debitore per non incorrere in addebiti più gravi. E come ad esempio che la suddivisione dei creditori in classi non è obbligo.

Il Dott. Massimo Vacchiano, Consigliere della Corte D'appello di Brescia, per lungo tempo Giudice Delegato a Cremona, dice d'aver apprezzato la relazione del Prof. Maffei Alberti in merito al valore dell'organizzazione d'azienda, ritenendo che il contenuto della propria esposizione riguardi proprio il caso prospettato. Il tema del trasferimento d'azienda, secondo il narratore, deve essere osservato distintamente nell'ambito fallimentare dall'ambito del concordato preventivo. L'istituto ha in comune nelle due procedure il solo costante impegno alla trasparenza dei loro amministratori.

Nel fallimento l'art. 105 distingue il caso dei debiti sorti per adempimento pieno dell'altro contraente, ("puri"), da quelli sorti per rapporti non compiutamente eseguiti da entrambe le parti. Nel trasferimento d'azienda, l'acquirente non risponde per i debiti "puri", diversamente dall'art. 2560 C.C., traendo così incentivo al risanamento e alla conservazione dell'attività d'impresa.

Per il secondo caso, configurabile nei rapporti contrattuali pendenti, manca una organica disciplina cospicua, per il fallimento, dottrina e giurisprudenza sembrano orientate

4. Che essendo norma e non interpretazione autentica, non può essere utilizzato retroattivamente.

ad applicare il combinato disposto dell'art. 2558 I° C.C. con l'art. 72 e segg. L.F.⁵. In questo ambito intanto non sono trasferibili i contratti che si sciolgono col fallimento "ope legis", poi non sono trasferibili i contratti sciolti per volontà di una o dell'altra parte; sicché tutto il resto è trasferibile a meno della prova del carattere personale del contratto o di un patto contrario⁶.

Non vi è specifica regola che regoli il caso del concordato preventivo, e non sembra conveniente applicare l'art. 72 L.F. poiché l'ammissione al concordato preventivo non significa spossessamento dei beni. Cosicché la soluzione parte dall'individuare il ruolo del liquidatore giudiziale, che parrebbe, nel caso di vendita dell'azienda, unicamente quello che gli venga attribuita la legittima disposizione dei beni⁷. Se dunque non è configurabile un potere di scelta contrattuale per il liquidatore sui rapporti pendenti, (non diventando parte contrattuale per tali beni), è evidente che i contratti pendenti, rimasti insensibili alle determinazioni concordatarie proseguono il loro corso naturale, (art. 2558 C.C.). Ciò tuttavia avverte il relatore, non equivale a sostenere che la domanda di concordato non abbia effetti, l'art. 1461 C.C. ad esempio prevede la possibilità della parte in bonis a sospendere l'esecuzione del contratto⁸.

Il Prof. Franco Bonelli ci intrattiene sui "piani attestati ex. Art. 67 L.F." in coerenza con l'art. 161 II° e 182/bis I°. Inizia con parole di gradimento della precedente relazione tenuta dal Dott. Del Porto e sulla scorta di ciò, inizia a introdurre il suo compito che svolgerà secondo sei punti:

- *rivoluzione copernicana*; paragonando la vecchia procedura con la nuova. Una volta si pensava che lo scopo della legge fallimentare fosse quello di togliere la mela marcia dal mercato, oggi sembra che la nuova procedura

voglia mantenere la continuità ed il valore dell'impresa;

- *il passato*; un tempo esisteva anche l'amministrazione controllata, che non offriva la possibilità di tagliare i debiti ed altre facilitazioni che oggi son permessi con gli strumenti concordatari; sicché il relatore ne iniziò tante e ne concluse una sola. L'art. 63 della Prodi bis tanto privilegiava la vendita di azienda che permetteva di venderla tenendo conto nel prezzo anche delle perdite prospettiche. In passato, in sintesi, c'erano una procedura concorsuale e due procedure liquidatorie;
- *oggi*; abbiamo una grande quantità di procedure: art. 67 art. 182/bis il concordato (che nulla ha a che fare col concordato di una volta), il fallimento, la Prodi bis e la Marzano che è diventata la Marzano bis. Orbene tre di queste procedure sono ideate per facilitare la continuazione dell'azienda;
- *gradualità*; anche se non c'è scritto da nessuna parte, la soluzione meno grave è quella dell'art. 67, non bisogna andare in Tribunale, si possono stralciare i debiti; vi è un piano fatto dalla stessa impresa quando le condizioni finanziarie non sono floride ma non sono così gravi. Situazione un po' più grave è quella del 182/bis, che richiede l'esistenza di fondi per pagare almeno il 60% dei creditori. I professionisti, sono così chiamati a scegliere la procedura che rispetti la migliore graduazione;
- *l'ottica dell'impresa*; per la propria esperienza, che il Prof. Bonelli ritiene analoga a quello dei presenti, l'impresa vorrebbe sempre l'art. 67, perché la procedura se la fa in casa. Il piano potrebbe essere analogo a quello del 182/bis, ma la differenza è che il programma viene fatto in casa. Nei piani attestati di risanamento seguiti dal relatore con l'art. 67,

che descrivevano previsioni più drastiche del 182/bis, la condizione chiesta dalle banche in questo ambito per stralciare i propri crediti è stata che l'imprenditore mettesse del proprio;

- *l'ottica delle banche*; in questi ultimi mesi, secondo la propria esperienza⁹, il sistema bancario è nettamente contrario all'art. 67; prevalentemente per la lettura attenta delle sentenze relative a concessioni abusive di credito. Quindi il problema è se il piano sia in grado di risolvere la crisi e tornare in bonis. Altrimenti il problema è quello della responsabilità per concessione abusiva di credito. La banca si sente più protetta dall'omologa prevista dall'art. 182/bis., altrimenti può trovarsi esposta ad imputazioni di carattere penale.

Il Dottor Giovanni Schiavon, Presidente del Tribunale di Treviso si occupa del campo dedicato alle Responsabilità civili e penali nel fallimento; dà notizia che secondo una ricerca fatta tra le imprese del nord/est, il 77% dei fallimenti arrivano quando l'attività è già cessata e nel rimanente 27% dei casi la chiusura è quasi immediata. Nel 92% dei casi il fallimento non è stato preceduto da alcuno strumento preventivo previsto dalla riforma, e nella totalità dei casi non c'è stato nessun ricorso

5. Con l'esistenza di contratti ineseguiti non sembra opportuno che il curatore proceda a riparti parziali.

6. Per il caso di rapporti pendenti per inerzia decisionale del curatore, la cessione dell'azienda per taluni implicherebbe anche il trasferimento di questi rapporti pendenti; per altri il curatore avrebbe ancora la possibilità di decidere dopo il trasferimento.

7. Per l'appunto l'art. 182 L.F. in materia di concordato, nel richiamare alcune norme del fallimento non cita l'art. 72 e segg.....

8. Il Dott. Massimo Vacchiano, non è infine d'accordo nell'utilizzo dell'art. 167 L.F. per dare sospensione ad un contratto in attesa di una decisione da parte di un organo della procedura.

9. Non vedo comunicazione tra gli orientamenti degli Uffici Centrali delle banche e le loro Filiali periferiche; difficilmente le Filiali di periferia conoscono ad esempio l'attività dell'Ufficio Legale.



all'istanza prevista dall'art. 15 VII°, legge fallimentare ed è noto che nel centro sud la situazione non è migliore. Il Presidente osserva che le rivoluzionarie disposizioni della riforma, non hanno ancora portato i frutti sperati; avverte poi che, nonostante la riforma del diritto societario, per l'individuazione della responsabilità dei sindaci (art. 2407) è divenuto strategico il momento informativo; nel senso che il momento informativo sulla situazione dell'attività d'impresa è atto dovuto, non oggetto discrezionale, in quanto funzionale al diligente esercizio dell'attività di controllo. La natura contrattuale dei compiti ai sindaci assegnati, e gli art. 2392 e 2407 impone ad amministratori e sindaci l'obbligo dell'osservanza dei doveri loro imposti. Riprende sull'assunto la relazione della Dott.ssa Spezia ove lamentava che la rinnovata legge non prevede strumenti di allerta e ricorda che nella proposta di legge Trevisanato della quale il Presidente faceva parte erano previsti strumenti di allerta, cassati durante l'approvazione della legge. Ricorda che si sono scagliati contro tutti, Confindustria, Assonime, Banca d'Italia, ABI soprattutto e Sindacato. Avverte infine che l'impresa medio piccola non può per-

mettersi di accedere agli strumenti concordati della crisi, ad eccezione forse del concordato preventivo. Pur premettendo che non è bene fallire, alla fine informa che in Italia si fallisce troppo poco, negli altri Paesi si fallisce di più, noi siamo ai livelli della Grecia e del Portogallo. La provocazione è che andrebbe considerato il cambiamento del nome della legge da Fallimentare a quella di "Procedura d'insolvenza"; forse l'imprenditore potrebbe essere meno imbarazzato a chiedere la procedura in condizione non più irreversibile come oggi succede.

Il Presidente prospetta quindi l'importante argomento: "le iniziative del collegio sindacale per ufficializzare la crisi dell'impresa" e presenta la Prof. Giuliana Scognamiglio dell'Università la Sapienza di Roma. La relatrice parte da una riflessione che segue la lettura di una sentenza del tribunale di Milano, chiamato a discutere se fosse legittimo trasformare durante la liquidazione una SpA in Srl, per confermare che in Italia la funzione del controllo societario è ben permeata e disciplinata, magari anche con qualche smagliatura. La sentenza, la prima post riforma sull'argomento, conclude sull'ammissibilità della

trasformazione. E nel prendere atto dello spirito contrattuale del patto societario riportato nella sentenza, la relatrice trova qualche elemento di disagio e sospetto sulla legittimità della trasformazione, perché trasformare significa togliere i sindaci e quindi il controllo nel momento del bisogno. Peraltro la legge di riforma ha rafforzato il controllo e consente ai sindaci poteri di vigilanza sull'adeguatezza amministrativa, organizzativa e contabile degli assetti societari. Qualora fosse scorta inadeguatezza delle procedure ed inerzia degli amministratori, l'organo di controllo può ad esempio sollevare il problema nel comitato esecutivo o ricorrere all'art. 2406. E' noto che il corretto svolgimento della funzione di sindaco richiede anche l'attivazione in caso di crisi (non più in caso di insolvenza come si diceva una volta), degli strumenti previsti, attivando in extremis l'art. 2409.

Con simpatico approccio il Dott. Gianni Sabbadini Giudice civile del Tribunale di Brescia affronta la questione della "quantificazione del danno risarcibile nell'azione di responsabilità" Fa una prospettica elencazione delle situazioni ante riforma e per quelle post riforma focalizza la pratica diffusa realtà del piccolo imprenditore, per il quale è inutile parlare di responsabilità, ... *si arriva a situazioni in cui non c'è più niente....* viceversa abbiamo situazioni di patrimoni a volte salvaguardati da trust ecc.... gli strumenti d'allerta tradizionali sono stati tutti in un modo o nell'altro fatti fuori, come la dichiarazione d'ufficio del fallimento, come il sequestro cautelare dei beni degli amministratori da parte del Giudice Delegato. Sull'oggetto del compito, informa che la giurisprudenza s'è evoluta secondo la necessità di adeguare il risarcimento ai principi generali del nostro ordinamento, via via collegando il risarcimento ad una effettiva

condotta antigiusuridica. Al fine del risarcimento devono quindi essere computate solo le nuove operazioni messe in opera dopo l'insolvenza, o solo se non vi è la contabilità, la giurisprudenza ha ritenuto applicabile l'art. 1226, tenendo il deficit fallimentare come base sulla quale calcolare il risarcimento, salvo, per gli amministratori, di poter dare una diversa dimostrazione. Sono in pratica sotto addebito tutte le ipotesi in cui il risarcimento è civile, per la responsabilità degli amministratori che non hanno assunto immediatamente i provvedimenti conseguenti alla perdita del capitale. E la giurisprudenza ha elaborato come possibile criterio quello del differenziale tra il patrimonio netto esistente nel momento in cui l'amministratore acquisisce o avrebbe dovuto acquisire la consapevolezza del dissenso con la diligenza richiesta (antieriormente alla condotta colpevole) e quello esistente alla data del fallimento, sul presupposto della colpevolezza dell'amministratore e tenendo pure conto dello svilimento del patrimonio che comunque vi sarebbe stato anche se l'amministratore avesse tenuto una condotta corretta. E' chiaro che modificare la responsabilità per debiti in responsabilità per danni fa sì che il criterio presuntivo di un tempo non sia più pienamente applicabile, se non in ipotesi di condotte pseudo penali. E la Cassazione con sentenza 7033/08 pur richiamando il vecchio 2449, ha accolto in pieno i criteri del nuovo 2489.

Al Sostituto Procuratore presso la Procura della Repubblica di Brescia, Dott. Antonio Chiappani, spetta il tema: "la responsabilità penale dopo il D.L. 78 del 31 maggio 2010 (decreto competitività)". Il decreto ha introdotto un regime di esenzioni dalla bancarotta preferenziale. Miglior titolo sarebbe stato: "il crepuscolo della par condicio"¹⁰. Presso la Procura di Brescia al primo set-

tembre, sono pendenti 1.303 indagini per bancarotta, un bancarottiere ogni mille abitanti¹¹. Il Magistrato si sofferma non poco a commentare la rubrica, (titolo), attribuito al 217/bis e meglio sarebbe stato rubricarlo: "cause di non punibilità" per le rimesse relative all'esecuzione di piani concordati di crisi ad alcuni casi di bancarotta. Rendere esente il reato di bancarotta preferenziale non significa eliminarlo, significa che il reato permane e deve essere valutato. Un passo complicato ma permeante del ragionamento è il rapporto tra il regime delle revocatorie e quello delle bancarotte preferenziali, dato che è ravvisabile una certa omogeneità di presupposti oggettivi tra la revocatoria e le preferenziali, con la coerente domanda se l'esonero della bancarotta significa esonero delle preferenziali, o meno. Per la questione si può leggere il terzo comma dell'art. 216, rilevando che il legislatore punisce l'intenzionalità, (... a scopo di favorire a danno dei creditori taluni di essi.), quindi quello che conta è il regime delle intenzioni; è l'intenzione di violare la par condicio che è reato, piuttosto che la revocabilità o meno della rimessa. Tutto ciò premesso, è chiaro che tutte le fattispecie diver-

se dal regime di esonero apportato dal 217/bis, sono reati ancora addebitabili. Riferisce che il concetto di pagamento nei rapporti con le banche, viene mutuato ancora dalla vecchia giurisprudenza, considerando le rimesse solutorie o ripristinatorie revocabili nel conto scoperto ancora possibili fattispecie di reato di bancarotta preferenziale. Infine, sulla ragionevolezza dell'attestazione dell'esperto seppur nata da fonte privatistica, non è esclusa la sottrazione dalla rilevanza penale¹².

10. L'art. 67 L.F. ha dimezzato i tempi del periodo di sospetto per quanto la revoca, eliminando tutta la platea dei debiti riguardanti i piani concordati, è stato introdotto l'art. 217/bis, che dispone esenzioni per la bancarotta semplice in esecuzione di un piano concordato della crisi, è vigente il 182/bis

11. Sto verificando essere in atto un conflitto nel rapporto tra collegio sindacale e società di revisione, soprattutto nelle bancarotte documentali, il punto di conflitto sta nell'art 40 II° c.p. ove il controllo contabile sarebbe competenza della società di revisione e l'art. 2409 per la vigilanza sull'assetto amministrativo contabile che deve svolgere il collegio sindacale. Specialmente sulla responsabilità della trasparenza dei libri previsti dal 2214, convergono i maggiori conflitti tra i due organi.

12. Il termine della non punibilità per i pagamenti eseguiti in relazione ad un piano che appaia idoneo al risanamento ... significa che esso debba essere ragionevolmente attestato ... non significa che l'attestazione operata da un esperto sia sottratta al controllo del Tribunale. La ragionevolezza è un giudizio di relazione non una circostanza, ed un giudizio di relazione diventa circostanza escludente un reato.



Il prof. Guido Uberto Tedeschi dell'Università di Parma svolge, come consuetudine, la relazione di sintesi. Una relazione molto propositiva come definita dal coordinatore.

Il prof. Tedeschi ha nel complesso un giudizio positivo della riforma fallimentare, tenendo conto di varie questioni che non sono ancora state risolte, prima fra tutte quella della lunghezza della procedura, che ha come prima causa la lunghezza dei processi, e conviene che i fallimenti in Italia sono troppo pochi ed arrivano troppo tardi.

Ritiene non opportuno introdurre un istituto d'allerta concepito con un organo esterno, privilegiando una riforma che introduca norme molto più severe sugli amministratori e controllori, ed attenta anche ad una puntuale definizione giuridica del problema.

In merito agli strumenti in mano al collegio sindacale per anticipare l'emersione dello stato di crisi bisogna rilevare che l'organo di controllo, senza la collaborazione dell'organo amministrativo, non potrebbe fare granché.

Sulla relazione esistente tra fallimento e procedure concordate di risoluzione della crisi è ovvio non possa esserci paragone nel numero essendo queste ultime quasi esclusivamente riservate ad aziende di grandi dimensioni. Sulla discussa questione del controllo di merito o di legittimità tra i poteri del Tribunale per l'ammissione alle procedure concordate, ritiene escluso quello di merito (il Tribunale non può ad esempio sindacare che non sia accettabile un concor-

dato preventivo ove è offerta la percentuale del 3%), tranne quello sulle classi, ma ha sicuramente il potere di sindacare la serietà e la fondatezza del piano.

Sull'annoso e aperto problema della consecuzione delle procedure concorsuali, ritiene che anche per effetto di una sentenza della Cassazione del 2010 la consecuzione possa ancora sussistere.

Discute sulla sussistente esclusione dell'imprenditore agricolo al fallimento, e rileva che con la riforma dell'art 2135 C.C. si è ampliata la platea degli esclusi.

Auspica infine l'introduzione di norme penali per coloro che fanno sparire i propri beni e l'introduzione di un istituto di revocatoria sugli atti simulati.

Vittorio Salvotti
Dottore commercialista



**VOGLIAMO DARE UNA MANO AL PAESE.
ANZI CENTODIECIMILA.**

CREDIAMO NELL'UTILITÀ
SOCIALE DEL PENSIERO
TECNICO E CHE NON
SI DEBBA CHIEDERE MA DI DARE
E DI METTERE AL SERVIZIO
DELLA COMUNITÀ
LA COMPETENZA,
LA PROFESSIONALITÀ
E L'ESPERIENZA DEI
COMMERCIALISTI ITALIANI.
POSSIAMO ESSERE
UTILI AL PAESE PERCHÉ
SIAMO PROFESSIONISTI.
VOGLIAMO ESSERLO
PERCHÉ SIAMO CITTADINI.


I COMMERCIALISTI
UTILI AL PAESE.