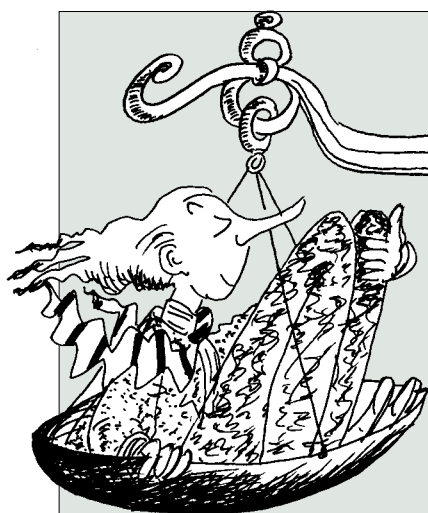


L'angolo della giustizia



Raggiunto lo scopo di favorire il ricorso alle procedure concorsuali alternative al fallimento

Aumentano le proposte di concordato ed il numero delle procedure omologate

di Gianluigi Canali

La modifica della disciplina del concordato preventivo (operata con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con mod. dalla legge 14 maggio 2005 n. 80) ha comportato un aumento sia delle proposte di concordato sia del numero di procedure omologate.

Poiché l'introduzione delle nuove norme aveva la finalità di favorire il ricorso alle procedure concorsuali alternative al fallimento, si può ritenere che, almeno con riferimento al concordato preventivo - e tralasciando gli accordi di ristrutturazione ed i piani di risanamento (artt 182 bis e 67 lett. d) l.f.) - il legislatore abbia raggiunto lo scopo che si era prefissato.



Gianluigi Canali

La novella, sul presupposto che la procedura concordataria avrebbe consentito di salvaguardare il valore dell'azienda dell'imprenditore in crisi o insolvente, ha cercato di costruire una disciplina capace di convincere l'imprenditore a depositare una domanda di concordato prima che la crisi dell'impresa potesse indurre qualche creditore a presentare istanza di fallimento.

Per tentare di superare la fisiologica ritrosia dell'imprenditore a "portare i

libri in Tribunale", si è cercato di costruire una procedura concordataria, in cui al centro vi fosse l'accordo tra il debitore ed i creditori.

Al giudice è stato così lasciato il compito di controllare che la proposta

fosse conforme al modello normativo e che la relazione dell'esperto fosse puntuale e completa.

In presenza di un debitore corretto - e cioè di un soggetto che si rivolge ai propri creditori senza occultare attività, esporre passività inesistenti e omettere di denunciare uno o più crediti (vedi art. 173 l.f.) - il giudice è chiamato "solamente" a vigilare affinché i creditori discutano della proposta rivolta loro dal debitore nel rispetto delle regole concordatarie.

Grazie alla riforma, non è quindi più possibile che sia dichiarato il fallimento quando il debitore si sia comportato secondo buona fede - nel senso sopra precisato - ed abbia ottenuto, dai creditori, l'approvazione della proposta.

Il legislatore ha, poi, reso più facile l'accesso alla procedura di concordato preventivo eliminando l'obbligo di pagare integralmente i creditori privilegiati e lasciando all'autonomia delle parti il compito di individuare la percentuale da attribuire ai creditori chirografari.

Dal primo gennaio del corrente anno, infatti, ai creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca il debitore deve garantire solo il pagamento di una somma che non sia inferiore a quella che detti creditori avrebbero ottenuto se avessero sottoposto a vendita coattiva i beni in questione.

Ne consegue che, qualora una banca avesse un'ipoteca di secondo grado ed il valore del bene ipotecato fosse inferiore al credito garantito dall'ipoteca di primo grado, il creditore potrebbe legittimamente presentare una domanda di concordato che riservasse alla banca con ipoteca di secondo grado lo stesso trattamento riservato ai creditori chirografari.

Se si tiene conto che, prima della riforma del 2006, il concordato avrebbe dovuto garantire il pagamento integrale di tutti i creditori privilegiati ed un pagamento non inferiore al 40% per i creditori chirografari, appare a tutti evidente come attualmente sia molto più semplice ottenere l'ammissione ad una procedura di concordato preventivo.

Venendo, ora, ad esaminare più da vicino i presupposti per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, si deve rilevare che la riforma del 2005 ha profondamente modificato l'art. 160 l.f..

La norma dispone che la domanda di concordato possa essere presentata sia dall'imprenditore in stato di cri-

si sia dall'imprenditore insolvente. L'ultimo comma della disposizione in esame precisa che "per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza". L'art 160 l.f. consente all'imprenditore la massima libertà nell'individuazione del contenuto della proposta di concordato.

L'imprenditore, infatti, può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere:

- a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito;
- b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assunto; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato;
- c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei;
- d) trattamenti differenziati tra i creditori appartenenti a classi diverse.

Probabilmente il legislatore, nel prevedere la possibilità di attribuire ai creditori azioni, obbligazioni o altri strumenti finanziari, aveva in mente procedure di dimensioni e complessità molto diverse da quelle concretamente riscontrate nella prassi quotidiana. Dopo tre anni dall'entrata in vigore del "nuovo concordato preventivo", nessun debitore ha sentito la necessità di proporre ai propri creditori di ricevere azioni, obbligazioni, o altri strumenti finanziari al posto di una certa somma di denaro.

La totalità delle proposte concordatarie omologate dal Tribunale di Brescia prevedeva la liquidazione dei beni aziendali ed il pagamento dei creditori mediante l'utilizzo delle somme ricavate dalla vendita.

In alcuni casi, la proposta includeva anche la prestazione di una garanzia da parte di un soggetto terzo.

Per ora, invece, gli operatori non hanno utilizzato la possibilità di attribuire i beni ad un assunto a fronte dell'impegno di questo di pagare i creditori.

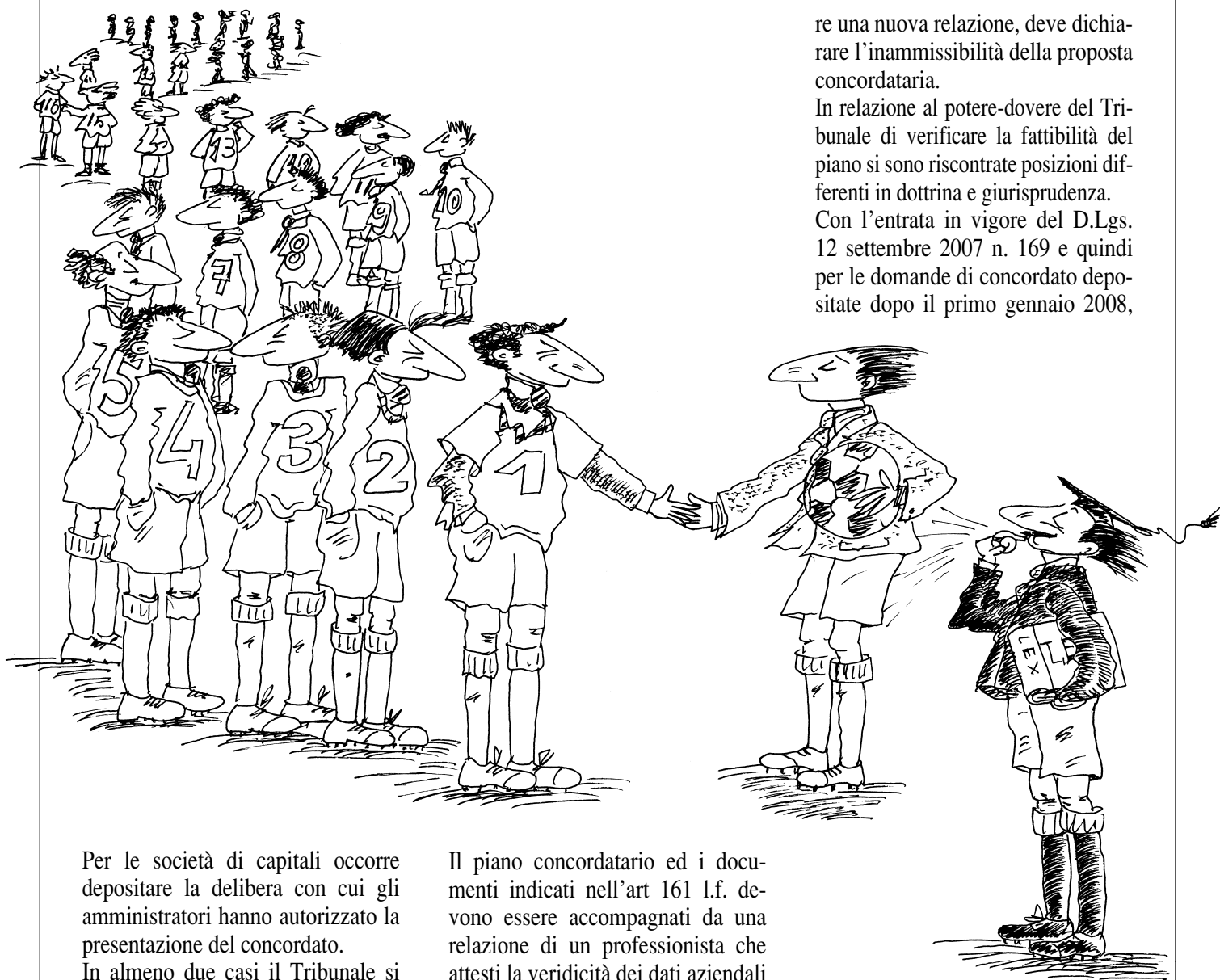
Infatti, nelle proposte esaminate dal Tribunale, in presenza di un soggetto interessato a rilevare l'azienda del debitore insolvente, si è preferito presentare un concordato mediante cessione dei beni, "garantito" da una proposta di acquisto da parte del terzo interessato ad acquistare l'azienda.

In conclusione, si può quindi ritenere che il c.d. concordato misto - concordato con cessione dei beni in presenza di una proposta di acquisto vincolante e garantita - che già era statisticamente assolutamente prevalente prima della riforma del 2005, è rimasto, anche dopo la novella, il concordato più utilizzato dagli operatori del settore.

Insieme alla domanda di concordato il debitore, ai sensi dell'art 161 l.f., deve presentare:

- a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali sui beni di proprietà o in possesso del debitore,
- d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

Per le società la domanda deve essere sottoscritta da coloro che ne hanno la rappresentanza.



Per le società di capitali occorre depositare la delibera con cui gli amministratori hanno autorizzato la presentazione del concordato.

In almeno due casi il Tribunale si è trovato ad esaminare proposte concordatarie che, invece di essere deliberate dal consiglio di amministrazione, ai sensi dell'art 152 lett. b l.f., erano state deliberate dall'assemblea dei soci.

Inutile dire che tali domande sono state ritenute inammissibili, atteso il chiaro significato della norma in questione.

Per le società di persone è, invece, necessario che la proposta sia stata approvata dai soci che rappresentino la maggioranza assoluta del capitale. Le regole in questione si applicano a meno che lo statuto non preveda altrimenti.

Il piano concordatario ed i documenti indicati nell'art 161 l.f. devono essere accompagnati da una relazione di un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del medesimo.

Il professionista deve essere iscritto nel registro dei revisori contabili e deve avere i requisiti di cui all'art. 28 lettere a) e b) della legge fallimentare. La relazione del professionista è fondamentale, in quanto il Tribunale per verificare la fattibilità del piano deve necessariamente basarsi su detto documento.

Ne consegue che, quando la relazione sia incompleta, illogica, evidentemente superficiale e non esprima, quindi, un ragionato e motivato convincimento, il Tribunale, salva la possibilità di concedere al debitore un termine di 15 giorni per deposita-

re una nuova relazione, deve dichiarare l'inammissibilità della proposta concordataria.

In relazione al potere-dovere del Tribunale di verificare la fattibilità del piano si sono riscontrate posizioni differenti in dottrina e giurisprudenza.

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. 12 settembre 2007 n. 169 e quindi per le domande di concordato depositate dopo il primo gennaio 2008,

i dubbi sembrano superati nel senso di attribuire al Tribunale il potere-dovere di verificare la fattibilità del piano proposto dal debitore.

Il Tribunale, sentito il debitore in camera di consiglio e previa eventuale concessione del termine per integrare il piano e produrre nuovi documenti, qualora riscontri la mancanza dei presupposti di cui agli articoli 160 e 161 legge fallimentare, con decreto non soggetto a reclamo, dichiara inammissibile la proposta di concordato preventivo.

Prima della riforma del 2005 era pacifico che il Tribunale, che ritenesse

inammissibile la proposta concordataria, avrebbe dovuto dichiarare il fallimento dell'imprenditore insolvente. Dopo la riforma, alcuni, argomentando dall'art. 173 l.f., che il legislatore aveva "dimenticato" di modificare, avevano ritenuto che il potere-dovere del Tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento fosse sopravvissuto, in questa specifica ipotesi, anche dopo che il fallimento d'ufficio era stato espunto, almeno quale figura generale, dal nostro ordinamento.

Il legislatore, avvedutosi del problema, con il D.Lgs. 12 settembre 2007 n. 169 ha provveduto a modificare l'art. 173 della legge fallimentare.

Di conseguenza, per i concordati presentati dopo il primo gennaio dell'anno 2008 non vi è dubbio che il Tribunale, qualora non ritenga ammissibile la proposta concordataria, non possa dichiarare d'ufficio il fallimento.

L'art. 162 l.f. prevede, al riguardo, che dopo aver dichiarato, con decreto, l'inammissibilità della proposta di concordato, il Tribunale possa dichiarare il fallimento solo in presenza di una domanda in tal senso e sempre che sussistano i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 della legge fallimentare.

La verifica della sussistenza dello stato di insolvenza è necessaria, in quanto l'imprenditore commerciale può essere dichiarato fallito solamente in presenza di uno stato di insolvenza.

Viceversa, per accedere alla procedura di concordato preventivo, è sufficiente che l'imprenditore si trovi in uno stato di crisi.

Può quindi accadere che la domanda di concordato sia presentata da un imprenditore insolvente.

In questo caso, dichiarata l'inammissibilità del concordato ed in presenza di una domanda di fallimento, il Tribunale, verificata l'esistenza dei presupposti di cui all'art. 1 della legge fallimentare, deve senz'altro dichia-

rare il fallimento dell'imprenditore.

Al contrario, quando la domanda di concordato è depositata da un imprenditore commerciale che non è insolvente, ma si trova in uno stato di crisi, il Tribunale deve respingere la domanda di fallimento.

Come si è visto, il Tribunale non può dichiarare il fallimento in assenza di una domanda in tal senso.

La domanda può essere presentata sia da un creditore sia dal Pubblico Ministero.

Naturalmente, mentre i creditori hanno la possibilità di venire direttamente a conoscenza dell'insolvenza dell'imprenditore, il Pubblico Ministero può attivarsi solamente se notiziato della pendenza della procedura di concordato preventivo.

Poiché il legislatore del 2005 aveva ommesso di prevedere che la domanda di concordato fosse comunicata al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale, il legislatore del 2007, con l'art. 12 del D.Lgs. 12 settembre 2007 n. 169, inserendo l'ultimo comma dell'art. 161 l.f., ha previsto che la domanda di concordato dovesse essere comunicata al PM.

Appare pertanto necessario che il PM, una volta venuto a conoscenza della pendenza di una procedura di concordato preventivo, segua l'evolversi della procedura concorsuale, onde esercitare il potere-dovere di chiedere il fallimento dell'imprenditore qualora il concordato fosse dichiarato inammissibile e sussistessero i requisiti indicati dagli articoli 1 e 4 della legge fallimentare.

In conclusione di questa breve riflessione, appare opportuno evidenziare che la nuova procedura di concordato preventivo è più costosa di quella precedente, atteso che sui creditori, oltre al costo del commissario giudiziale e di quello dell'eventuale liquidatore giudiziale, grava anche il costo dell'esperto di cui all'art. 160 l.f..

Nel tentativo di contenere detti costi, il Tribunale di Brescia, in pre-

senza di un concordato con cessione dei beni, ha avuto modo in più occasioni di nominare il liquidatore nella persona dello stesso debitore, quando quest'ultimo avesse dichiarato di essere disposto a svolgere gratuitamente la funzione di liquidatore giudiziale e la situazione della procedura - per la complessità e la delicatezza della situazione - non rendesse necessaria la nomina di un professionista terzo.

In seguito all'introduzione da parte dell'art. del 16 D.lgs. 12 settembre 2007 n. 169 del secondo comma dell'art. 182 l.f., questo non sembra più possibile.

La norma dispone, infatti, che il liquidatore debba avere i requisiti che l'art. 28 l.f. indica per il curatore fallimentare.

Poiché l'art. 28 l.f. vieta che sia nominato curatore il fallito, è evidente che l'imprenditore ammesso alla procedura di concordato preventivo non possa essere nominato liquidatore giudiziale.

Di conseguenza, per le procedure di concordato preventivo con cessione dei beni iniziate dopo il primo gennaio 2008, non è più possibile nominare quale liquidatore giudiziale il legale rappresentante della società ammessa alla procedura di concordato.

Tuttavia, poiché l'art. 182 l.f. prevede che il Tribunale debba nominare uno o più liquidatori solo se nella proposta di concordato non sia altrimenti previsto, qualcuno ha ritenuto che il legale rappresentante della società debitrice possa essere nominato liquidatore qualora questa eventualità fosse prevista nella proposta concordataria ed i creditori avessero manifestato il loro consenso sul punto specifico.

Dato che al riguardo non risultano esservi precedenti, entrambe le letture sono ancora consentite.

Gianluigi Canali
Giudice delegato ai Fallimenti
Tribunale di Brescia