

Concordato preventivo

Prima giurisprudenza sul nuovo concordato preventivo

di **Luciano Panzani**, Consigliere della Corte di Cassazione

1. Una società di capitali viene ammessa alla nuova procedura. Alla domanda di ammissione vengono uniti, come richiede l'art. 161 nuovo testo l. fall., un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, lo stato analitico ed estimativo delle attività e gli altri documenti richiesti dalla norma.

Come prescrive la legge, al ricorso è pure allegata l'attestazione di un professionista che certifica la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano di concordato, quello per intenderci richiesto dall'art. 160, che indica le modalità di ristrutturazione del debito ed il ruolo che viene svolto dall'eventuale assuntore.

Senonché il commissario giudiziale si accorge che il professionista non ha i requisiti previsti dall'art. 161, che richiama i requisiti previsti dall'art. 28 l. fall. per la nomina a curatore.

La norma esclude chi ha prestato comunque la sua attività professionale a favore del fallito o in qualsiasi modo si è ingerito nell'impresa del medesimo durante i due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento.

In questo caso il professionista aveva ricoperto la carica di componente del consiglio di amministrazione. Inoltre era pure creditore della società ed anche i creditori sono esclusi dalla nomina a curatore.

Il commissario giudiziale ne riferisce al giudice delegato ai sensi dell'art. 173 l.fall. La norma, lasciata immutata dalla riforma, prevede che *"... se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato"*, il tribunale dichiara il fallimento.

Si è discusso nei primi commenti alla riforma se la norma sia tuttora applicabile. Si è osservato, in sintesi, che mentre nella vecchia procedura di concordato preventivo il presupposto per l'apertura della procedura era lo stato d'insolvenza, lo stesso del fallimento, si che ben si capiva che in difetto delle condizioni per l'ammissibilità del concordato, il tribunale dovesse dichiarare immediatamente il fallimento, senza ulteriori accertamenti sulla sussistenza dello stato d'insolvenza, ora il presupposto è lo stato di crisi, che può consistere nell'insolvenza o in una situazione di difficoltà che non è ancora sfociata nell'insolvenza.

Va anzi detto che il legislatore ha modificato il presupposto per consentire l'emersione anticipata della crisi, per indurre l'imprenditore a presentare tempestivamente la domanda di concordato, onde trovare insieme ai creditori una soluzione alle difficoltà prima che sia troppo tardi, quando ancora l'accordo con i creditori può consentire di salvare l'attività mediante una ristrutturazione.

Poiché il legislatore non ha definito lo stato di crisi, alcuni tribunali hanno ritenuto che esso non comprenda lo stato d'insolvenza.

Se insolvente, l'imprenditore dovrebbe fallire; se al contrario egli vuole il concordato dovrebbe attivarsi prima che sia troppo tardi, quando ancora non è divenuto insolvente.

In realtà i compilatori della riforma avevano un'altra idea, ritenendo che lo stato di crisi comprenda sia l'insolvenza propriamente detta sia il pericolo d'insolvenza, uno stato cioè di squilibrio economico-finanziario che non è

ancora insolvenza. Ciò perché l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale già nel vigore della nuova legge aveva chiarito che al di là della nozione d'insolvenza, che è data dall'art. 5 l. fall. come impossibilità di adempiere le proprie obbligazioni con mezzi ordinari (la norma è rimasta immutata), ciò che rileva è il carattere reversibile o meno dell'insolvenza.

Se l'imprenditore, con l'aiuto di nuovi soci o di finanziatori è in grado di porre rimedio alla situazione in cui si trova non è insolvente; se non lo è, è insolvente. Ciò indipendentemente dalla situazione che emerge dal bilancio. Un'impresa in dissesto può essere salvata da un terzo che vi veda delle potenzialità e si renda assuntore del concordato.

Sarebbe stolto impedire in questo caso l'accordo con i creditori.

Il legislatore ha fatto male a non definire lo stato di crisi (una definizione era stata offerta dal progetto elaborato dalla Commissione ministeriale Trevisanato, ma i compilatori della riforma non hanno ritenuto di avvalersene). Tuttavia è ragionevole ritenere che esso comprenda anche lo stato d'insolvenza.

Il tribunale di Milano lo dice, sia pur incidentalmente, quando scrive che *"...lo stato di crisi ... solo eventualmente coincide con lo stato di dissesto, potendo al contrario limitarsi ad integrare una diversa situazione di difficoltà finanziaria, non necessariamente prodromica allo stato d'insolvenza"*.

2. Torniamo all'applicabilità dell'art. 173 l. fall.

Se la mancanza dei requisiti di legge per il professionista che ha firmato l'attestazione di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano determina il difetto dei requisiti di ammissibilità del concordato, il tribunale dovrebbe convocare la società che ha chiesto il concordato in camera di consiglio, contestarle l'assenza di uno dei requisiti di legge, verificare la sussistenza dello stato d'insolvenza e, ove esso ricorra, dichiarare il fallimento.

Va osservato che la mancanza di terzietà del professionista non è un dato da trascurare. Il professionista deve avere i requisiti previsti per la nomina a curatore, in pratica non aver rapporti con il fallito e non esserne creditore, perché l'attestazione che egli rilascia costituisce il documento sul quale i creditori formano il loro orientamento in sede di adunanza, quando sono chiamati a votare la proposta di concordato.

L'unico altro elemento di giudizio è la relazione del commissario giudiziale, che potrà dare indicazioni concordanti o in senso contrario.

La riforma ha eliminato la valutazione iniziale di ammissibilità che, nella vecchia procedura di concordato preventivo, era demandata al tribunale, valutazione che implicava già un primo giudizio di merito sulla realizzabilità del progetto contenuto nella domanda.

Oggi la decisione spetta soltanto ai creditori.

Il tribunale ai sensi del nuovo art. 163 l. fall. si limita a verificare *"la completezza e regolarità della documentazione"*, anche se non sono mancati alcuni tribunali che hanno ritenuto che l'art. 162, lasciato immutato dalla riforma, consenta ancora al giudice di sindacare il contenuto della domanda.

In realtà l'art. 162 è rimasto per un errore del legislatore, che si è dimenticato di abrogarlo espressamente.

E' però evidente che non avrebbe senso demandare al tribunale il controllo sulla completezza e la regolarità della documentazione allegata alla domanda (art. 163) se poi il tribunale avesse anche il potere di sindacare il merito della proposta (art. 162). Nel più è compreso il meno.

3. Qui tuttavia la questione in gioco è leggermente diversa.

Come ho detto è questione di applicare l'art. 173 e dichiarare, eventualmente, il fallimento ove sussista lo stato d'insolvenza.

In ogni caso manca la relazione del professionista perché quella depositata è firmata da un soggetto che non ha i requisiti per rendere la doppia attestazione di legge, sulla veridicità dei dati e la fattibilità del piano.

Il tribunale di Milano fa opera d'inventiva. La società in concordato ha depositato una nuova relazione, non si dice nel provvedimento se uguale alla prima o diversa, ma firmata questa volta da un professionista che ha i requisiti di legge.

Secondo il tribunale la relazione non è un requisito di ammissibilità della domanda di concordato, è semplicemente un "elemento di validità (regolarità)", con la conseguenza che l'irregolarità è sanabile.

In altri termini la relazione mancante o non conforme a legge può essere sostituita con una nuova relazione che abbia i requisiti di legge.

La soluzione può essere approvata sul piano pratico, perché ha consentito di non interrompere la procedura di concordato preventivo in essere, tenuto conto che in sostanza i requisiti richiesti dalla legge erano tutti presenti, sia pur a seguito della sostituzione della relazione del professionista inidonea con una nuova relazione.

Sul piano dei principi, tuttavia, qualche dubbio va manifestato.

Il tribunale argomenta sulla base di un argomento sistematico e di uno logico. Il primo considera che la relazione è richiesta non dall'art. 160, che indica le condizioni di ammissione alla procedura, ma dall'art. 161 che indica i requisiti della domanda e la documentazione che deve essere allegata.

L'argomento logico è espresso nella considerazione che i requisiti sostanziali per l'ammissione alla procedura sono costituiti soltanto dalla qualità di imprenditore commerciale non piccolo, dallo stato di crisi e dalla presenza di un piano di ristrutturazione del debito caratterizzato dal requisito della fattibilità.

Si tratta di argomenti che non persuadono interamente.

La documentazione che deve essere allegata alla domanda ha la funzione di consentire la verifica della valutazione di fattibilità del piano, certificata dal professionista, ma sottomessa al giudizio finale dei creditori, che possono concordare o meno con la proposta del debitore.

Se la domanda dovesse essere presentata senza i documenti richiesti dall'art. 161 o fosse priva della relazione del professionista e se tali documenti non venissero allegati in un eventuale termine all'uopo concesso dal tribunale, il giudice non potrebbe che prenderne atto e dichiarare la proposta inammissibile.

In altri termini la documentazione e la relazione del professionista sono funzionali a consentire l'ulteriore svolgimento del procedimento, e quindi a permettere al commissario giudiziale di esprimere il suo parere ed all'adunanza dei creditori di votare sulla proposta. In difetto il procedimento non può ulteriormente proseguire. Di conseguenza non si tratterà di requisiti sostanziali per l'ammissibilità del concordato, ma si tratta pur sempre di requisiti che incidono sull'ammissibilità o quantomeno, ove si voglia distinguere, sulla procedibilità della domanda.

Non si può dunque concordare con il tribunale che si sia di fronte ad una mera irregolarità. Può semmai ritenersi che il vizio abbia inciso sulla proponibilità della domanda e che, essendo stato sanato, sia venuto meno l'ostacolo alla prosecuzione del procedimento.