

IL NUOVO CONCORDATO PREVENTIVO

I casi Cirio, Parmalat e Volare, come origine del concordato "speciale" Marzano e del nuovo concordato preventivo

Come noto, l'attuale sistema delle procedure concorsuali trova disciplina nel Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, che regola il fallimento, il concordato preventivo e l'amministrazione controllata, e, infine, la procedura di liquidazione coatta amministrativa.

La rapida evoluzione del sistema economico nazionale, cui si è assistito parallelamente alla "globalizzazione" dei mercati finanziari, unitamente alla avvertita esigenza di "omogeneizzare" la disciplina nazionale alla normativa degli stati membri della Unione europea, hanno in questi ultimi anni reso necessario procedere alla elaborazione delle linee guida di una nuova disciplina dell'insolvenza. Tale necessità è stata ulteriormente accentuata dalla profonda trasformazione che ha colpito il sistema nazionale delle imprese.

La presenza di investitori stranieri, sia privati che istituzionali, ha poi imposto l'adozione anche nel nostro ordinamento di un sistema di norme più omogeneo con quello dei paesi più industrializzati e, allo stesso tempo, più coerente con i nuovi modelli di impresa, cui si è ispirata sia la riforma introdotta dal T.U. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (c.d Legge Draghi, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), che quella del diritto societario.

L'insieme di questi interventi organici ha posto in evidenza la necessità di un intervento riformatore sulla disciplina delle procedure concorsuali, in ordine alla individuazione dei criteri fondanti del governo della crisi dell'impresa e degli interessi da salvaguardare, intervento attuato con la legge 14 maggio 2005 n. 80, che ha convertito il decreto legge 14 marzo 2005 n. 35.

In particolare l'art. 2, commi 1 e 2, della predetta Legge, ha modificato il regio decreto 267 del 1942 nelle seguenti parti: art. 67 ed art. 70 innovando la disciplina dell'azione revocatoria, artt. 160, 161, 163, 177, 180, 181, innovando la disciplina del concordato preventivo, ed inserendo il nuovo art. 182 bis che disciplina gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Le fonti legislative del nuovo C.P.

La fonte normativa "interna" diretta del nuovo C.P.

Nel mentre, in Europa, molti Stati modificavano le proprie procedure concorsuali, l'Alta Corte di Giustizia della Comunità Europea, con la sentenza 27 giugno 1999 e poi la Commissione CEE (con delibera 16 maggio 2000) ^{Censura Vasco} ~~conservavano~~ la L. n. 95/1979 ritenendo che la stessa potesse concretare un aiuto di Stato vietato dall'ordinamento comunitario.

Lo Stato Italiano interveniva abrogando quella legge e sostituendola con il decr. Legisl. N. 270/1999.

Scoppiava quindi il crack Parmalat e poi quello di Volare.

Lo Stato interveniva con estrema urgenza con il D.L. n. 347/2003 (c.d. Decreto Marzano), poi profondamente modificato dalla legge di conversione n. 166/2004 che ha introdotto la previsione, nel programma di ristrutturazione, di un nuovo tipo di concordato che prevede:

1. la suddivisione dei creditori in classi secondo un criterio di omogeneità di interessi economici, attribuendo rilevanza anche alle aspettative di piccoli creditori ed obbligazionisti;
2. il trattamento differenziato a seconda delle diverse caratteristiche proprie di ciascuna classe di creditori;

3. l'estinzione programmata ed articolata dei vari debiti mediante il soddisfacimento dei creditori in maniera differenziata ed in ragione di parametri quali le scadenze dei crediti, i tassi d'interesse per essi convenute, le garanzie (reali o personali) che li assistono, per classificarli anche in base alle più o meno forti cause di prelazione.

Il concordato Marzano è la fonte normativa interna diretta del nuovo concordato disposto con il DL 14 marzo 2005 n. 35 convertito con legge 14 maggio 2005 n. 80.

Questo concordato consente la soddisfazione dei creditori (eventualmente suddivisi in "classi") a mezzo di un piano dal contenuto liberamente modulabile a seconda delle effettive necessità dell'imprenditore - debitore e dei suoi creditori.

Il piano potrà essere di ristrutturazione, di liquidazione o misto, con o senza assuntori, che potranno essere anche i creditori o società da questi partecipate.

Scompaiono dal testo normativo i requisiti soggettivi di ammissibilità previsti dall'art. 160 1° co. L.F. ed il requisito oggettivo dello stato di insolvenza, sostituito dallo "stato di crisi".

Novità di grande impatto è quella contenuta al punto d) della norma in esame: la possibilità che i creditori siano suddivisi in classi secondo posizione giuridica ovvero interessi economici omogenei.

La possibilità di suddividere i creditori in classi a cui verranno applicati trattamenti differenziati, rappresenta un'altra piccola erosione del sistema fallimentare precedente costruito quasi interamente sul rispetto della *par condicio creditorum*. Il debitore, infatti, potrà modulare diversamente le modalità ed i tempi di solvibilità del credito a seconda delle differenti classi rappresentative dei diversi interessi creditori nell'ambito della procedura liquidatoria.

Il rispetto della parità di trattamento dei creditori si sposta da una visione dei creditori di insieme ad una dei creditori per classe. Ovverosia saranno trattati paritariamente tutti i creditori appartenenti ad una medesima classe.

Nella sezione relativa al nuovo concordato preventivo il legislatore ha inserito l'art. 182 bis che si intitola "accordi di ristrutturazione" che si connotano per il fatto di essere stipulati con tanti creditori che rappresentano almeno il 60% dell'ammontare dei crediti.

L'accordo deve essere corredato dalla relazione di un esperto che deve attestare l'idoneità dello stesso ad assicurare il regolare pagamento di creditori estranei all'accordo.

L'accordo in esame è caratterizzato da due fasi: la prima di natura prettamente negoziale, in cui l'imprenditore in crisi contratta con i creditori; la seconda di natura giudiziale, in cui l'accordo, per essere produttivo di effetti reali, deve essere omologato dal Tribunale.

Entrambi i predetti istituti possono consentire il salvataggio dell'imprenditore e la conservazione del valore dell'impresa.

Le condizioni di ammissione alla procedura di concordato preventivo fissate dalla L. n. 40/2005

Il novellato art. 160 L.F. dispone che "L'imprenditore che si trova in stato di crisi 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, acollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da

queste partecipate, di azioni, quote ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titolo di debito;

- b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore; 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 creditori appartenenti a classi diverse.

Il confronto "visivo" fra questa norma e la previgente rende evidente la "portata" delle innovazioni.

Legittimati alla domanda di C.P.

L'art. 160 novellato stabilisce che "l'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo"

L'art. 1 come novellato dal Decr. Legisl. 9/1/06 n. 5 dispone che «sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici ed i piccoli imprenditori. Ai fini del primo comma, non sono piccoli imprenditori gli esercenti un'attività commerciale in forma individuale o collettiva che, anche alternativamente:

- a) hanno effettuato investimenti nell'azienda per un capitale di valore superiore a euro trecentomila;

b) hanno realizzato, in qualunque modo risulti, ricavi lordi calcolati sulla media degli ultimi tre anni o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, per un ammontare complessivo annuo superiore a euro duecentomila.

I limiti di cui alle lettere a) e b) del secondo comma possono essere aggiornati ogni tre anni, con decreto del Ministro della giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati intervenute nel periodo di riferimento».

Legittimati a proporre un C.P. sono quindi gli imprenditori commerciali (persone fisiche e le società commerciali, di persone e di capitali) "non piccoli" cioè quegli imprenditori che abbiano superato i limiti di cui alle surriportate lettere a) e b).

Non sono legittimati (per volontà del legislatore) gli enti pubblici ed i piccoli imprenditori.

Nelle società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e nelle società cooperative, la proposta e le condizioni del concordato sono ora approvate dagli amministratori e non più dall'assemblea straordinaria.

L'ultimo comma del novellato art. 152 dispone che:

"in ogni caso, la decisione o la deliberazione di cui alla lettera b), del secondo comma, deve risultare da verbale redatto da notaio ed è depositata ed iscritta nel registro delle imprese a norma dell'art. 2436 del codice civile".

A opportunamente rilevato che questa disposizione riguarda solo "la decisione o la deliberazione di cui alla lettera b) (cioè a quelle assunte dagli amministratori di società di capitale e di cooperative) e non anche l'approvazione richiesta dalla lettera a) per le società di persone.

La qualità di imprenditore commerciale "non piccolo" deve essere documentalmente provata dal proponente il concordato e comunque accertata, in sede istruttoria, dal Tribunale.

Se proponente è una società commerciale, la proposta e le condizioni del concordato vanno approvate con la maggioranza e dagli organi indicati dall'art. 152, il cui testo, ora novellato, così disponeva:

«la proposta e le condizioni del concordato nelle società in nome collettivo (2291 c.c.) e in accomandita semplice (2313 c.c.) devono essere approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale, e nelle società per azioni (2325 c.c.), nonché nelle società cooperative (2511 c.c.) devono essere approvate dall'assemblea straordinaria, salvo che tali poteri siano stati delegati agli amministratori».

Il testo novellato, invece, così recita:

«la proposta e le condizioni del concordato, salva diversa disposizione dell'atto costitutivo o dello statuto:

- a) nelle società di persona , sono approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale;
- b) nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative, sono deliberate dagli amministratori.

In ogni caso, la decisione o la deliberazione di cui alla lettera b), del secondo comma deve risultare da verbale redatto da notaio ed è depositata ed iscritta nel registro delle imprese a norma dell'articolo 2436 del codice civile».

Quindi, nelle società in nome collettivo ed in accomandita semplice, la maggioranza assoluta va calcolata non sul numero dei soci aventi diritto di voto (cioè per "teste")

ma in base alle loro quote di partecipazione al capitale sociale secondo le disposizioni degli artt. 2257, 2° co. e 2282 c.c.

Va poi precisato che, secondo il nuovo diritto societario, mentre la deliberazione è sempre richiesta per le decisioni degli organi della società per azioni, società in accomandita per azioni e delle cooperative, per le società a responsabilità limitata, invece, la deliberazione (così quella assunta in base al metodo assembleare) può mancare ed essere sostituita da una "decisione dei soci" secondo quanto dispone il novellato art. 2479 c.c.

L'approvazione dei soci o la decisione o la deliberazione degli amministratori possono intervenire ed essere depositate anche dopo la presentazione del ricorso di C.P., ma sempre prima della decisione del Tribunale.

Il mancato deposito è motivo di inammissibilità della domanda.

Presupposto oggettivo

Non è più lo "stato di insolvenza", ma lo "stato di crisi". Mentre i due precedenti "progetti Trevisanato" (quella di legge delega e quello vero e proprio di legge) fornivano la non facile definizione di "crisi", individuandola alla stregua della situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da determinare il "rischio" di insolvenza, la novella non se ne preoccupa, lasciando così all'interprete il non agevole compito di colmare la lacuna. E' proprio questo uno dei punti nodali, proprio perchè la connotazione di una "crisi" fa ragionevolmente pensare ad uno squilibrio economico-finanziario non irreversibile (come l'insolvenza). Si legge, a questo proposito, nella Relazione allo schema di d.d.l. elaborato dalla commissione Trevisanato: "L'espressione "crisi" richiama un concetto economico il cui significato è assai più ampio e variegato di quello evocabile con l'espressione

“temporanea difficoltà ad adempiere”, che individua l’attuale presupposto dell’amministrazione controllata, mentre l’espressione “insolvenza”, intesa nella classica accezione di definitiva impossibilità a far fronte regolarmente alle obbligazioni, richiama un concetto giuridico ben noto”.

Lo stato di crisi è dunque qualcosa di più della “temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni” (richiesta per l’ammissione alle procedure A.C.) e qualcosa di meno dell’insolvenza (propria del fallimento); è dunque uno stato di estrema ed attuale tensione finanziaria che, se non adeguatamente contrastata, è probabile che sfoci in insolvenza; è uno status che gli studiosi economici anglosassoni qualificano come financial distress.

Si capisce allora che l’inammissibilità del concordato o la mancata sua omologazione nel termine di legge (pur se prorogato, ai sensi dell’art. 181 novellato) non dovrebbero più comportare, come nel contesto della legge del 1942, la sanzione del fallimento obbligatorio e automatico, posto che, ora, il presupposto oggettivo è la crisi e non l’insolvenza.

Questo dibattito rimane completamente superato dal recentissimo provvedimento legislativo (DL ^(n. 273 M.G.U. n. 303/05) del 20.12.05) che ha espressamente statuito che lo stato di crisi comprende, ai fini dell’ammissione al concordato preventivo, anche lo stato di insolvenza.

Modalità per uscire dalla crisi

Il novellato art. 160 stabilisce che l’imprenditore può proporre ai creditori un piano che può prevedere:

- a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l’attribuzione ai creditori, nonché a società da

queste partecipate, di azioni, quote ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titolo di debito;

b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore; 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.

La lettura della norma fa intendere che la proposta di concordato si deve fondare su un "piano" che non può mancare anche se il suo contenuto può essere – come vedremo – il più vario ed articolato possibile e quindi presentare estrema duttilità e flessibilità.

Non sono quindi più sufficienti nè esaustive le tradizionali classificazioni del C.P. in

- concordato per garanzia
- concordato per cessione dei beni
- concordato misto
- concordato dilatorio, remissorio o dilatorio remissorio.

Non è più richiesta l'offerta ai creditori di tutto il patrimonio del debitore alla data di presentazione della domanda di C.P., potendo il debitore conservare alcuni beni per la continuazione dell'impresa e per il risanamento della stessa.

La legge non richiede più l'obbligazione del debitore di garantire o di fornire elementi che facciano fondatamente presumere il pagamento ai creditori di una percentuale minima del loro credito.

In questo nuovo scenario normativo non è più consentito parlare di "concordato preventivo finalizzato alla conservazione del valore o del residuo valore dell'impresa".

Il nuovo concordato preventivo - come acutamente rileva acutamente Stefania Pacchi -
"è strumento per il soddisfacimento dei creditori che lascia aperto un ventaglio di
possibilità circa il futuro dell'impresa e/o dell'azienda. ✓

Obiettivo del concordato può essere anche - ma non necessariamente - quello di
consentire la prosecuzione dell'attività d'impresa, del *core business* per incrementare il
valore dei complessi produttivi capaci di generare reddito. La legge non impone né la
conservazione ad ogni costo, né la cessazione inevitabile".

La suddivisione dei creditori in classi

Il novellato art. 160 prevede che il piano proposto dal debitore ai suoi creditori può
prevedere: (omissis)

- c) la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi
economici omogenei;
- d) trattamento differenziato tra creditori appartenenti a classi diverse.

Per risolvere più agevolmente i numerosi problemi giuridici ed operativi che il
suddetto articolo determina, ritengo opportuno distinguere tra categorie e classi di
creditori.

Le categorie di creditori, sono quelle tradizionali dei creditori prededucibili, dei
creditori assistiti da cause di prelazione (ipoteca, pegno, privilegi generali o speciali), e
dei creditori chirografari.

La classe può invece essere prevista ed operare all'interno di ciascuna delle predette
categorie.

Per la formazione delle classi, il legislatore impone di considerare:

- 1) la posizione giuridica
- 2) l'omogeneità degli interessi economici dei creditori inseriti nelle singole classi.

La formazione delle classi "secondo posizione giuridica", comporta che si debba tener conto delle "caratteristiche oggettive dei creditori sul piano giuridico" (così Stefania Pacchi).

Ma è lo stesso legislatore a dividere i creditori "secondo posizione giuridica, quando, per legge, attribuisce loro una ragione di prelazione (in considerazione della natura e della causa del credito) e poi ne effettua la graduazione in sede di loro soddisfacimento.

E' quindi lo stesso legislatore a costituire, di fatto, diverse classi di creditori.

LA novità dell'art. 160 lett. c) consiste nel fatto che all'interno di queste classi costituite ex lege, può operare un altro fattore aggregante costituito dalla "omogeneità degli interessi economici".

Ed, infatti, è di comune esperienza che "non tutti i privilegiati hanno interessi a percepire immediatamente il loro credito; ci sarà infatti chi antepone la continuazione dell'impresa con la quale intrattiene rapporti economici".

«Il debitore costituirà le classi avendo dinanzi da un lato la natura e le caratteristiche del credito dall'altro l'interesse del creditore in quella circostanza. Possono esservi creditori per i quali il soddisfacimento in tempi brevi e in alta percentuale è l'obiettivo esclusivo, ed altri che sono disposti a sacrifici di vario genere (dilazioni e/o decurtazioni) perchè hanno interesse a mantenere quell'interlocutore economico ecc. In situazioni del genere ci sono allora creditori disposti ad ottenere meno di altri, consapevoli che altri, con nessun interesse per l'impresa in crisi, chiederebbero il fallimento se non adeguate prospettive soddisfattive. Per quei creditori è più importante salvare l'impresa che ricevere di più e sono quindi disposti a "cedere" ad altri creditori (non interessati all'operazione di risanamento) parte dell'attivo.

E' evidente che simili valutazioni rimesse al debitore potrebbero anche attentati ai diritti dei creditori.

Per evitare ciò il tribunale, in sede di ammissione, deve valutare la correttezza dei criteri prescelti dal debitore per l'individuazione delle classi ma non il trattamento proposto per ciascuna di esse.»

«Occorre tener presente che il debitore in una situazione di crisi si trova davanti a una platea di creditori con caratteristiche eterogenee: accanto a quelli dotati di forza contrattuale e di capacità di monitoraggio vi sono creditori deboli e non sofisticati; accanto a coloro che hanno scelto di fare credito all'imprenditore, negoziando condizioni più vantaggiose ove il finanziamento sia a rischio, vi possono essere creditori involontari, quali quelli a titolo extracontrattuale.» (così Stefania Pacchi).

Il vecchio concordato preventivo, fondato su principi del pagamento integrale dei creditori privilegiati e di quello percentuale e paritetico dei creditori chirografari, non consentiva un'adeguata tutela dei diversi interessi di cui sono portatori i creditori che costituiscono la "platea" sopra indicata.

Il nuovo concordato consente invece - quanto meno in via di principio - di variegare il soddisfacimento dei predetti creditori in relazione alle specificità dei loro interessi, coniugandoli con quelli del debitore concordatario.

La legge, quindi, traduce in "disposizione" quello che normalmente fa il ^{gruppo} ... degli operatori.

Se la proposta di concordato possa prevedere il pagamento in percentuale dei creditori privilegiati

Una diffusa corrente di pensiero (rappresentata da Panzani, Stefania Pacchi, Ambrosini ed altri) nega questa possibilità invocando:

1. il disposto del terzo comma del novellato art. 177 L.F. in base al quale i creditori privilegiati non hanno diritto al voto, salvo che rinuncino al privilegio; la disposizione si giustifica con il rilievo che, dovendo i creditori privilegiati essere pagati integralmente, essi non hanno interesse a votare, salvo che rinuncino in tutto od in parte al loro privilegio;
2. la considerazione che il pagamento percentuale dei creditori privilegiati li obbligherebbe al voto, contro la loro volontà.

L'opposta opinione contrappone le seguenti considerazioni:

- a) non è la natura del credito, ma la previsione del pagamento integrale la ragione che priva il creditore privilegiato o chirografario del diritto di voto; ne consegue che se la proposta di concordati prevede il pagamento percentuale del creditore privilegiato, questo ha legittimazione e diritto a votare. Se invece la proposta ne prevede il pagamento integrale, il creditore privilegiato, per votare, deve rinunciare al privilegio;
- b) la possibilità del pagamento parziale dei creditori privilegiati è espressamente prevista dall'art. 113 del decreto legisl. 23/9/05 (che modifica l'art. 124 L.F.) e non si vede ostacolo ad estenderla al concordato preventivo. Il predetto articolo dispone che "la proposta può prevedere che i creditori muniti di diritto di prelazione non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di vendita, avuto riguardo al valore attribuibile al cespite o al credito oggetto di garanzia". Inoltre, prosegue la disposizione, "il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione";

- c) l'introduzione dell'art. 182 il cui primo comma stabilisce che "con il piano di cui all'art. 160 il debitore può proporre il pagamento, anche parziale, dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori, anche se non iscritti a ruolo, ad eccezione di tributi costituenti risorse proprie dell'Unione Europea. La proposta può prevedere la dilazione del pagamento. Se il credito tributario è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie fiscali; se il credito tributario ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari";
- d) l'ultimo comma dell'art. 160 della bozza di decreto legislativo elaborata e circolata fino al luglio 2005 disponeva: "la proposta può prevedere che i creditori muniti di diritto di prelazione non vengano soddisfatto integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella in cui loro pretese avrebbero ricevuto collocazione preferenziale sul ricavato in caso di vendita, avuto riguardo al valore attribuibile al cespite o al credito oggetto della garanzia". Veniva poi chiarito che "il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione". Per rendere effettivo il controllo del tribunale sul rispetto delle regole sopra enunciate, era poi previsto, all'art. 161 co. II lett. b), che lo stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, da allegarsi al ricorso, contenessero anche l'indicazione dei crediti, delle cause di prelazione nonché della loro presumibile capienza rispetto ai crediti garantiti.

E' vero che questo testo non è stato recepito nel decr. Legisl. Del 25/9/05 (solo perchè ritenuto fuori della delega) ma esso è chiaramente indicativo della volontà del legislatore di consentire la prelazione, nella proposta di concordato, del pagamento non integrale dei creditori privilegiati.

Facendo leva su questo testo, G. Bozza ritiene:

- 1) che l'omogeneità giuridica che deve formare la previsione delle classi di creditori è assicurata dal rispetto (o non alterazione) delle cause legittime di prelazione fissate dal legislatore;
- 2) garantito tale rispetto, è consentita la previsione, nella proposta di concordato, del pagamento non integrale della categoria dei creditori privilegiati e, addirittura, di alcune classi di questi creditori.

Secondo l'illustre Autore:

«il divieto di alterazione dell'ordine delle preferenze non significa, tuttavia, che sia ancora in vigore il principio secondo cui i creditori privilegiati (oltre che pignorati ed ipotecari) debbono essere soddisfatti per intero e immediatamente. L'indicato principio trovava, infatti, la sua fonte normativa nella vecchia formulazione dell'art. 160 che, prevedendo, per entrambe le forme, quale condizione di ammissibilità la soddisfazione dei creditori chirografari nella misura del 40% e l'eventuale loro pagamento dilazionato, presupponeva che i privilegiati e gli altri creditori preferenziali dovessero essere soddisfatti per intero e subito. A questo principio si collegava il divieto di voto per costoro, salvo rinuncia con perdita del privilegio; divieto che era, quindi, conseguenza, e non causa, della integrale e immediata soddisfazione dei creditori preferenziali che, proprio per tale convinzione non avevano interesse ad esprimere il voto.

Nel nuovo concordato la norma di cui all'art. 160 è stata sostituita dalla nuova che lascia ampia libertà di manovra al debitore nell'organizzare la soluzione della crisi che attraversa, per cui è venuta meno la norma che impediva la proposizione di un concordato che preveda il pagamento di parte dei creditori privilegiati o il pagamento di tutti i privilegiati e nulla per i chirografari; è rimasta però la norma (terzo comma del nuovo art. 177) per la quale i creditori muniti di privilegio non hanno diritto al voto se non rinunciano al diritto di prelazione.

Immediatamente è stato rilevato che «sarebbe lesivo dei diritti del creditore privilegiato prevedere che la proposta di concordato presentata dal debitore ne possa prevedere il soddisfacimento in percentuale, con il conseguente assoggettamento alla falcidia concordataria, senza nel contempo consentire al creditore falcidiato di esprimere il suo voto sulla proposta stessa. Siffatta interpretazione sarebbe sicuramente censurabile per contrasto con i principi sanciti dagli artt. 3 e 24 Cost., perchè solo la circostanza che i creditori privilegiati debbono essere pagati integralmente, consente la loro esclusione dalla votazione, proprio in quanto essi non sono pregiudicati dal concordato, non subendo gli effetti della falcidia concordataria». Questa conclusione è ineccepibile, ma, a mio parere, va coordinata col principio in precedenza esposto della salvezza dell'ordine dei privilegi stabilito dalla legge; il che comporta che la proposta concordataria che non comprenda la soddisfazione di tutti i privilegiati deve prevedere il pagamento dei creditori privilegiati fino ad un certo grado e nulla per gli altri creditori di grado successivo e per i chirografari, giacché, se così non fosse, si altererebbe l'ordine di legge. In questa situazione la norma per la quale i creditori muniti di privilegio non hanno diritto al voto se non rinunciano al diritto di prelazione va interpretata alla luce della indubbia *ratio* che la giustifica, che è agevolmente rinvenibile nell'esigenza di garantire la genuinità del voto come

espressione di una serena e oggettiva valutazione della proposta concordataria ammettendo alla votazione chi risente della falciatura concordataria ed escludendo chi dal concordato non subisce alcun pregiudizio. Di conseguenza, se in passato si escludevano dal voto tutti i privilegiati perchè l'intera categoria era indifferente al concordato, dovendo essere tutti i privilegiati integralmente e immediatamente soddisfatti, oggi, venuto meno l'obbligo della integrale e immediata soddisfazione dell'intera categoria, il divieto di voto deve valere per coloro che dal concordato sono interamente soddisfatti, ossia per quei creditori privilegiati che non risentono alcun sacrificio dalla proposta fatta.

Cercando, a questo punto di conciliare i tre criteri esposti, per i quali non sussiste più l'obbligo di soddisfare integralmente e immediatamente tutti i creditori preferenziali, ma la suddivisione in classi non può alterare l'ordine delle preferenze, se ne deduce che la divisione in classi può interessare soltanto la categoria dei chirografari, ove si arrivi a prospettare una soddisfazione degli stessi, perchè solo tra essi vige il rigoroso principio della *par condicio*, che la nuova normativa consente di modificare con lo strumento delle classi; ferma restando la possibilità di un concordato che preveda il pagamento di una parte dei creditori preferenziali secondo l'ordine di legge. In quest'ultimo caso, è chiaro che le classi sono incompatibili in quanto, semplificando il discorso ai privilegiati, il pagamento dei creditori di un certo grado presuppone il pagamento integrale dei creditori dei gradi precedenti, sicché la proposta può prevedere un pagamento parziale soltanto dei creditori dell'ultimo grado considerato.»

Concordo con Bozza nel ritenere:

- a) che, all'interno della categoria dei creditori privilegiati, è possibile la formazione di classi "per interessi economici omogenei";

- b) che la formazione di queste classi non può derogare l'ordine delle cause legittime di prelazione;
- c) che è legittima la previsione del pagamento integrale solo di alcune classi di creditori privilegiati, senza dare o prevedere alcuna percentuale per le altre classi e, quindi, anche per i creditori chirografari; non ritengo altresì possibile, in ciò differenziandomi da G. Bozza, che la proposta preveda percentuali diverse alle classi dei creditori privilegiati, a condizione che alle classi successive non sia attribuita o prevista una percentuale superiore a quelle immediatamente precedenti.

La relazione del professionista

La relazione del professionista deve concludere con "l'attestazione della veridicità dei dati aziendali" e della "fattibilità del piano".

Dal canto suo il Tribunale, in sede di ammissione alla procedura:

- 1) verifica la completezza e la regolarità della documentazione;
- 2) valuta la correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi, se prevista nella proposta di concordato.

Ciò premesso, passo ad esaminare alcune problematiche specifiche.

Il professionista

E' incaricato dall'imprenditore.

La legge lo vuole "indipendente" non in assoluto, nel senso che egli deve essere in possesso dei requisiti richiesti per assumere la carica di curatore e non devono sussistere i divieti di cui all'art. 28, come novellato dal Decr. Legisl. 9/1/06 n. 5, che così recita:

«possono essere chiamati a svolgere le funzioni di curatore:

- a) avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti;
- b) studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse abbiano i requisiti professionali di cui alla lettera a). In tal caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura;
- c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di fallimento.

Nel provvedimento di nomina, il tribunale indica le specifiche caratteristiche e attitudini del curatore.

Non possono essere nominati curatore il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado del fallito, i creditori di questo e chi ha concorso al dissesto dell'impresa durante i due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, nonché chiunque si trovi in conflitto di interessi con il fallimento.»

L'attestazione di veridicità dei dati aziendali

La legge richiede al professionista di "attestare la veridicità dei dati aziendali" (art. 163).

Ma l'art. 161, 2° co. novellato stabilisce che "il debitore deve presentare con il ricorso:

- a) un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa (omissis).

Sorge allora spontanea una prima domanda: l'attestazione della veridicità dei dati aziendali deve o non riguardare anche la situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa?

Va opportunamente evidenziato che nella mente del legislatore l'attestazione in oggetto è fine a sé stessa, ma è certamente in funzione della "fattibilità" del piano di sistemazione della crisi su cui il debitore fonda la domanda di concordato preventivo.

Questa incontestabile interconnessione mi induce a ritenere che l'attestazione del professionista deve riguardare anche la situazione patrimoniale, economica e finanziaria sulla quale il debitore deve redigere un'aggiornata relazione che allegherà al ricorso di concordato preventivo.

Per consentire poi soprattutto ai creditori di giudicare sull'affidabilità dell'attestazione di veridicità richiesta dalla legge è necessario che il professionista riferisca dettagliatamente:

- a) sulla documentazione contabile e sociale messi a disposizione dell'imprenditore;
- b) su quella da loro anteriormente acquisita e valutata;
- c) sulle verifiche e sui controlli effettuati anche presso terzi;
- d) sulle notizie comunque ricevute, indicandone le fonti;
- e) le verifiche da lui effettuate;
- f) i risultati e le valutazioni conseguenti.

Contenuto della relazione del professionista

La relazione del professionista ha la funzione di conferir "garanzia" di veridicità e correttezza della documentazione esaminata e del contenuto della domanda che l'imprenditore intende presentare, e ragionevole affidabilità della fattibilità del piano, su cui tale domanda si fonda, così rendendo più rapido ed agevole l'esame devoluto al Tribunale dall'art. 163 che prevede letteralmente una verifica solo "formale" di completezza della documentazione che accompagna il piano.

Per valutare l'attendibilità del piano, il professionista incaricato dovrà pertanto verificare se lo stesso si presenta:

- a) compatibile con le dinamiche del settore di riferimento in cui opera l'impresa in crisi (andamento della domanda e delle quote di mercato, tendenze in atto, comportamento del *competitors*, contesto normativo, contesto tecnologico, etc.);
- b) confrontabile con i risultati storici, nel senso che quanto più i risultati proposti nel piano differiscono (in meglio) da quelli passati, tanto più sarà necessario che siano forniti dal debitore elementi a sostegno della loro credibilità;
- c) caratterizzato da un'elevata probabilità che le previsioni fatte possono realmente concretizzarsi.

Il piano proposto dal debitore dovrà inoltre apparire "*sostenibile*".

La sostenibilità andrà considerata in relazione alle modalità attuative con cui l'imprenditore ritiene di poter conseguire gli obiettivi prefissati.

Sotto questo profilo, la relazione del professionista non potrà pertanto prescindere dal considerare la quantità e la qualità delle risorse (finanziarie e manageriali) disponibili e riferire se dette risorse, unitamente a quelle che si renderanno disponibili nel corso della procedura, siano, o meno, adeguate a consentire la realizzazione del piano.

Il piano dovrà infine apparire "*coerente*".

La coerenza andrà valutata in funzione di una sua dimensione interna, nel senso che nell'ambito del piano non vi dovrà essere contraddizione tra tutte le situazioni e le variabili considerate.

In buona sostanza, la situazione di partenza dovrà essere coerente con le intenzioni dell'imprenditore, con le modalità attuative del piano e con le previsioni economico finanziarie formulate.

Nella relazione del professionista dovranno inoltre essere trattati, in modo chiaro, gli aspetti critici del piano e formulato un giudizio sugli interventi in rettifica che il debitore ritiene di poter porre in essere al verificarsi degli eventi sfavorevoli.

Le legge fallimentare non prevede più il deposito delle scritture contabili come condizione per l'ammissibilità della domanda di concordato preventivo.

Va nel contempo considerato che le verifiche da parte del professionista chiamato a riferire sulla veridicità dei dati forniti e sulla fattibilità del piano non potranno prescindere dal controllo della contabilità dell'impresa in crisi.

Il professionista dovrà conseguentemente dare atto nella relazione di aver effettuato detto controllo e riferire sul grado di attendibilità della contabilità e, più in generale, del sistema informativo aziendale, oltre che sulla ragionevole fattibilità del piano.

Sindacato del tribunale sulla relazione del professionista

Ho già riferito che, ai sensi dell'art. 163, 1° co. l.f., "il tribunale, verificata la completezza e la regolarità della documentazione, con decreto non soggetto a reclamo, dichiara aperta la procedura di concordato preventivo".

Quindi, il Tribunale, in sede di esame della domanda di C.P., non può effettuare indagini di merito, ma deve solo verificare la completezza e la regolarità della documentazione richiesta dall'art. 161. Se in questa documentazione si comprende anche la relazione del professionista, con specifico riferimento a questa, l'indagine del Tribunale deve limitarsi a verificarne la "completezza" ed, in particolare, l'esistenza nella stessa della espressa attestazione della veridicità dei dati aziendali e dell'aggiornata situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa che l'imprenditore deve allegare al ricorso.

A fronte di questi testi normativi, il Tribunale non può attribuirsi ed esercitare poteri di indagine sul merito della relazione del professionista.

La relazione del professionista non è condizione di ammissibilità del concordato; se manca o è affetta da incompletezza, la carenza può essere sanata con efficacia ex tunc.

In sede di ammissione, il Tribunale deve verificare:

- 1) la propria competenza per territorio;
- 2) che la proposta di concordato è sottoscritta dall'imprenditore-debitore o dal legale rappresentante della società debitrice;
- 3) che la proposta e le condizioni del concordato della società sono state approvate dalla maggioranza prevista dal novellato art. 152 l.f.;
- 4) che la decisione o la deliberazione di cui alla lettera b) del novellato art. 152 è stata depositata ed iscritta nel registro delle imprese a norma dell'art. 2436 c.c.;
- 5) che il proponente è un imprenditore commerciale "non piccolo" ai sensi dell'art. 1 come novellato dal decr. legisl. 9/1/06 n. 5;
- 6) la correttezza dei criteri di fondazione delle classi, nel caso che il piano le preveda.

Se le verifiche del Tribunale approdano:

- 1) ad un risultato positivo, il Tribunale dichiara aperta la procedura di C.P. con decreto non soggetto a reclamo né impugnabile con ricorso in cassazione;
- 2) ad un risultato negativo, il Tribunale respinge la domanda di C.P. con decreto non reclamabile, né ricorribile per cassazione, potendo l'imprenditore presentare un nuovo ricorso per concordato preventivo.

In questo caso, non potendosi più disporre d'ufficio l'apertura del procedimento per la dichiarazione di fallimento, il Tribunale deve segnalare al P.M. lo stato d'insolvenza dell'imprenditore, per l'eventuale richiesta del suo fallimento.