

Il concordato preventivo: la procedura di ammissione dopo il d.lgs. 169/2007

di Antonella Benedetto

Premessa

Il concordato preventivo costituisce una procedura concorsuale volta a regolare in tempi brevi i rapporti dell'impresa (imprenditore individuale o società) con i creditori, attraverso una pluralità di soluzioni ed in via negoziale. La funzione dell'istituto può essere sia liquidatoria che conservativa.

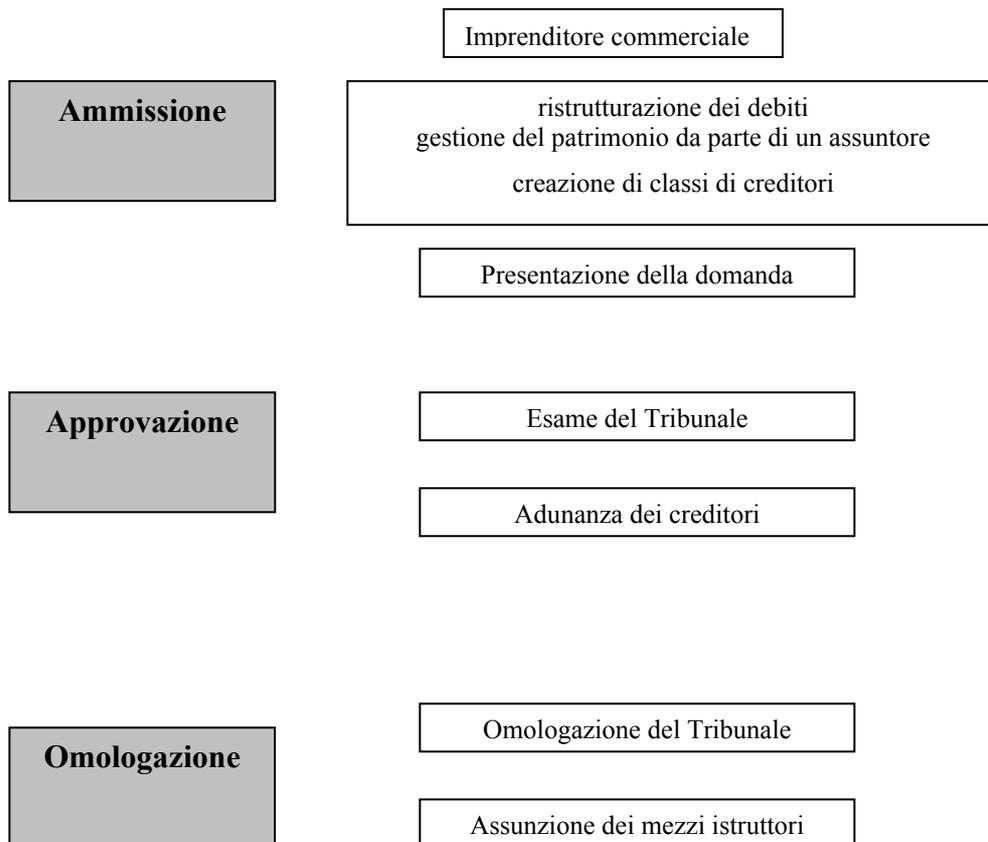
In realtà, la finalità dell'istituto, sotto la disciplina previgente, era prettamente liquidatoria, pur non essendo estranea, secondariamente, la possibilità di superare il dissesto, mantenendo in vita il complesso aziendale. Oggi entrambi gli scopi, anche unitamente, possono essere perseguiti, con pari dignità, spettando tale scelta al debitore, attraverso la predisposizione di un **piano** atto al raggiungimento dell'obiettivo prefissato.

Funzione centrale della procedura assume l'accordo tra debitore e creditori volto a regolare, rapidamente, la propria esposizione debitoria con la massa dei creditori, mediante una **proposta** presentata dal debitore (imprenditore individuale o società) ai propri creditori finalizzata ad evitare il fallimento o a superare un momento di difficoltà, sulla base di un piano finalizzato a soddisfare almeno parzialmente i creditori e a continuare l'attività di impresa. Con la previgente disciplina, il concordato preventivo era una procedura concorsuale che consentiva di evitare il fallimento all'imprenditore insolvente, che avesse determinati requisiti etici (c.d. requisiti di "meritevolezza"), mediante una proposta di soddisfacimento di una percentuale, non inferiore al quaranta per cento, dell'ammontare dei debiti verso il ceto creditorio chirografario e nel rispetto del principio della *par condicio creditorum*.

L'istituto è stato oggetto di cambiamento nei suoi aspetti più essenziali con la prima riforma fallimentare (d.l. n. 35/2005 successivamente convertito nella l. n. 80/2005) e, successivamente, con il decreto correttivo della riforma (d.lgs. n. 169/2007). Oggi tale procedura ha una **funzione più ampia**, consentendo all'imprenditore insolvente o che, comunque, si trovi in una situazione di difficoltà finanziaria, di proporre un "risanamento" della situazione debitoria in modo da favorire la conservazione dell'attività d'impresa previo il salvataggio dell'azienda.

Il concordato preventivo si articola in tre fasi:

- 1) la fase dell'ammissione;
- 2) la fase dell'approvazione;
- 3) la fase dell'omologazione.



1) Fase dell'ammissione

Soggetti ammessi al concordato preventivo: i presupposti normativi

I soggetti legittimati a proporre ai creditori la proposta di concordato preventivo sono gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale. Così come previsto per il fallimento, dunque, l'art. 1 della nuova legge fallimentare pone come condizione necessaria per l'accesso alla procedura del concordato preventivo l'esercizio di **attività commerciale**.

Il nuovo articolo non si riferisce più espressamente al piccolo imprenditore, ma afferma che tutti gli imprenditori commerciali sono assoggettabili al fallimento ed al concordato preventivo.

In tal senso, la proposta può essere presentata sia dall'imprenditore individuale che esercita attività commerciale, sia da società commerciali di capitali o di persone, fino anche a comprendere le società commerciali di fatto, seppure irregolari, nonché le associazioni e i gruppi di imprese che esercitano attività commerciale.

Come sopra accennato, la nuova normativa non richiede più il possesso di requisiti di natura personale, quali requisiti di "meritevolezza", ossia non è più richiesto che l'imprenditore abbia tenuto in passato una contabilità regolare, non sia mai stato interessato da procedure concorsuali, né da condanne penali.

Per l'accesso alla procedura di concordato preventivo, la nuova legge fallimentare pone come condizione il possesso di due requisiti oggettivi:

- a) le soglie di fallibilità;
- b) lo stato di crisi.

Le **soglie di fallibilità** sono quelle individuate dall'art. 1 della nuova legge fallimentare e quindi sono in vigore dal 1° gennaio 2008 (a seguito del decreto correttivo). In effetti, le soglie di fallibilità sono le stesse che la nuova normativa ha previsto per il fallimento e si sostituiscono alla nozione di "piccolo imprenditore" voluto dalla normativa previgente. In tal senso, *"non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:*

- a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;*
- b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;*
- c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila" (art. 1, l. fall.).*

L'ulteriore requisito richiesto è il trovarsi in una **condizione di crisi** (art. 160, c. 1, l. fall.). Ai fini dell'ammissione al concordato, si intende come stato di crisi una situazione patrimoniale difficile ma ancora recuperabile. Ma per stato di crisi la legge chiaramente afferma che deve ritenersi tale anche lo stato di insolvenza (art. 160, c. 3). Questa espressa previsione normativa appare di fondamentale importanza in quanto consente l'accesso alla procedura di concordato preventivo anche alle imprese commerciali che si trovano in stato di insolvenza, ponendosi, in tal modo, come valida alternativa al fallimento.

Il contenuto della proposta

Con la previgente disciplina, la proposta dell'imprenditore era vincolato a soddisfare *in toto* i creditori privilegiati ed almeno per il 40% quelli chirografari.

La nuova disciplina fallimentare prevede, invece, una più ampia libertà per l'imprenditore nella presentazione della proposta di concordato, potendo questi strutturare tale proposta secondo le seguente modalità alternative:

- ristrutturazione dei debiti;
- gestione del patrimonio da parte di un assuntore;
- creazione di classi di creditori.

a) ristrutturazione dei debiti

La proposta può contenere la definizione delle modalità con cui l'impresa intende ristrutturare i debiti e le forme di soddisfazione dei creditori (art. 160, c. 1, lett. a), l. fall.).

Il termine «ristrutturazione dei debiti» sta ad indicare una rideterminazione complessiva dell'intera esposizione debitoria tramite una serie di operazioni (es. dilazione di pagamenti, riduzione o eliminazione di interessi, postergazioni, ecc.). Tra queste il legislatore indica, come prima fattispecie, la cessione dei beni, ma non specifica se sia necessaria o meno la cessione della totalità degli stessi. È preferibile ritenere ammissibile anche la cessione parziale, dato che il mutamento legislativo è nel senso di un ampliamento delle possibili proposte. Analogamente, il nuovo dettato normativo pare consentire la prestazione di ogni tipo di garanzia personale, tipica ed atipica, oltre che di quelle reali.

La ristrutturazione si attua con:

- a) Cessio bonorum;
- b) Accollo (non necessariamente liberatorio);
- c) Operazioni straordinarie che consistono in attribuzione diretta ai creditori o a società da questi partecipate:
 - 1) di azioni, quote delle società debtrici o di conferitarie, dei beni del debitore;
 - 2) di obbligazioni anche convertibili in azioni o strumenti finanziari o titoli di debito della società debitrice o della conferitaria;

b) *gestione del patrimonio da parte di un assuntore*

La proposta può anche prevedere l'accollo da parte di un terzo, un assuntore, che si accolla tutte le obbligazioni nascenti dal concordato, estromettendo, dunque, l'imprenditore in crisi (art. 160, c. 1, lett. b), l. fall). Il concordato con l'intervento dell'assuntore prevede l'attribuzione allo stesso delle *attività delle imprese interessate* dalla proposta. Possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate; società di nuova costituzione (avvenuta anche nel corso della procedura), le cui azioni sono destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato.

L'attribuzione, difatti, si attua mediante trasferimento ad un assuntore esistente (creditore o terzo) o da costituire nel corso della procedura; in questo ultimo caso le azioni o quote del costituendo assuntore sono da assegnare ai creditori.

c) *creazione di classi di creditori*

Infine, ed è l'innovazione di maggior rilievo, il debitore può giovare della suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei (art. 160, c. 1, lett. c), l. fall.), e prevedere, di conseguenza ed eventualmente, anche *trattamenti differenziati* tra creditori appartenenti a classi diverse. La flessibilità del nuovo istituto scardina, in tal modo, il dogma della *par condicio creditorum*. Tale possibilità sembra essere trasversale rispetto alle modalità operative della ristrutturazione dei debiti (e soddisfazione dei crediti), e del concordato tramite assuntore, rilevando soprattutto per la possibilità di approvare il concordato con un consenso dei creditori minore di quello che sarebbe necessario in mancanza delle classi. In ordine al criterio di formazione delle stesse è necessaria l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici dei creditori. Così, ad esempio, potranno sistemarsi in classi diverse i piccoli fornitori, le banche, gli obbligazionisti e così via, prevedendo per ciascuna categoria un

diversa percentuale di soddisfacimento. Peraltro, sarà anche possibile attribuire la stessa percentuale a categorie diverse, ma differenziare i tempi di pagamento, considerato che anche tale previsione rientra nei c.d. trattamenti differenziati.

La presentazione della domanda

Dopo aver elaborato la proposta di concordato, deve essere presentata domanda per l'ammissione alla procedura. La domanda è proposta con ricorso, sottoscritto dal debitore, al Tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale. Non è necessario spiegare le ragioni della crisi o dell'insolvenza e le ragioni della proposta concordataria, né depositare le scritture contabili (quindi il concordato può essere richiesto anche da chi non ha tenuto le scritture contabili).

La domanda deve contenere, principalmente, la descrizione del piano di concordato e deve essere presentata accompagnata da un'ampia documentazione oltre che da una relazione predisposta da un professionista. In particolare, alla domanda deve essere allegata la seguente documentazione:

- una **relazione** aggiornata sulla **situazione patrimoniale, economica e finanziaria** dell'impresa;
- uno **stato** analitico ed estimativo delle **attività**, nonché un **elenco nominativo dei creditori**, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- un elenco dei **titolari dei diritti reali o personali** su beni di proprietà o in possesso del debitore;
- il **valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili**;
- una **relazione redatta da un professionista** relativa alla veridicità dei dati aziendali e alla fattibilità del piano.

La presentazione di una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria si traduce, in pratica, nella presentazione di un bilancio, opportunamente aggiornato ed integrato con l'indicazione della situazione finanziaria.

Gli ulteriori documenti richiesti hanno lo scopo di fornire un quadro più completo sulla situazione dell'attivo, tenendo conto di tutti i diritti che gravano sui beni dell'imprenditore, nonché un quadro completo dell'esposizione debitoria, poiché manca, come in passato, un accertamento giudiziario dello stato passivo. Particolarmente interessante appare la previsione di depositare una relazione redatta da un professionista esterno che è chiamato ad attestare la veridicità dei dati

aziendali e la fattibilità del piano di concordato (art. 161, c. 3, l. fall.). Il professionista che firma tale relazione deve essere iscritto nel registro dei revisori contabili e deve possedere gli ulteriori seguenti requisiti:

- 1) per la persona fisica può essere un **avvocato**, un **dottore commercialista**, un **ragioniere** o un **ragioniere commercialista**;
- 2) in caso di **studio professionale** associato o di società fra professionisti i soci devono avere i requisiti sopra indicati e deve designarsi, all'atto della nomina, la persona fisica responsabile della procedura.

La scelta di tale soggetto spetta allo stesso debitore e ciò rientra nell'ottica privatistica della procedura, non spettando tale compito al tribunale. Diversamente, però, si sarebbe offerta una maggiore garanzia ai creditori, poiché, nominandolo l'imprenditore, potrebbe comunque trattarsi di un soggetto compiacente.

Il compito del professionista, con riguardo alla prima attestazione (il professionista è garante della **veridicità**), comporta un particolare impegno di verifica della contabilità e/o dei dati aziendali. In caso di mancanza della contabilità, comporta una ricostruzione contabile ed una attenta verifica. Il professionista non risponde penalmente in quanto non è richiamata al riguardo alcuna norma che attribuisca al medesimo una responsabilità penale, tuttavia potrebbe incorrere in responsabilità civile verso la debitrice, quindi per riflesso anche verso i creditori (responsabilità extracontrattuale) se l'attestazione rilasciata dovesse risultare non veritiera per imperizia o negligenza. Ovviamente la colpa non è ravvisabile quando l'esperto è stato ingannato dal comportamento omissivo della stessa debitrice, che potrebbe aver nascosto passività o esposto attività inesistenti, facendole apparire, ad esempio, attraverso falsi documenti come vere. In merito alla **fattibilità** del piano l'attestazione del professionista deve estrinsecarsi in una prognosi motivata circa la fattibilità del piano medesimo.

Fatta eccezione per la relazione del professionista, tutta la restante documentazione costituisce condizione per l'ammissibilità. È comunque opportuno depositare tutti i documenti contabili che si hanno a disposizione, poiché ciò favorisce una migliore valutazione da parte dei creditori, che può così meglio giudicare la reale e concreta percentuale che potranno ricavare.

Fase dell'approvazione

L'esame della domanda da parte del Tribunale

Una volta ricevuta la domanda di concordato preventivo, il Tribunale effettua un esame in camera di consiglio alla presenza del Pubblico Ministero e dell'impresa in crisi. In particolare, il Tribunale è chiamato ad accertare l'esistenza dei presupposti di cui agli art. 160 e 161 l. fall., ossia:

- effettuare una verifica in ordine al contenuto del piano di concordato (art. 160 l. fall.);
- verificare che la documentazione allegata alla domanda di concordato sia conforme a quella espressamente indicata dall'art. 161 l. fall.

Il controllo dei presupposti di cui all'art. 161 è molto rilevante, poiché questa norma prevede la relazione del professionista attestante la **esattezza dei dati** e la **fattibilità** del concordato, per cui si apre la strada alla possibilità di una verifica da parte del Tribunale della stessa fattibilità del concordato. La nuova norma può, infatti, leggersi, come attribuzione all'organo giudiziario della semplice facoltà di verifica che la relazione sia stata presentata; tuttavia, sparito il controllo sulla regolarità e completezza della documentazione (v. art.163, modificato dal decreto correttivo), non avrebbe molto senso disporre che il giudice debba accertare che la relazione sia stata presentata; in tal senso, in considerazione del fatto che i presupposti di cui all'art. 161 sono costituiti non solo da una relazione, ma da una relazione che attesti la fattibilità del concordato, nella verifica del Tribunale è più logico che rientri questo controllo di merito sulla fattibilità, perché solo all'esito positivo di tale verifica può dirsi che sussiste il requisito di cui all'art. 161. In tal senso è orientata la prima giurisprudenza disponibile.

Se il Tribunale ritiene che non ricorrano i presupposti relativi al piano di concordato e alla domanda di concordato dichiara **inammissibile** la domanda e, su istanza del pubblico Ministero o del creditore, accertati i presupposti oggettivi e soggettivi dichiara il fallimento del debitore (art. 162, c. 2, l. fall.). Viceversa, se ritiene ne ricorrano i requisiti **apre la procedura di concordato preventivo** (art. 163, c. 1, l. fall.).

Con il provvedimento di apertura alla procedura di concordato, il Tribunale:

- 1) delega un **giudice** alla procedura di concordato;
- 2) ordina la **convocazione dei creditori non oltre trenta giorni** dalla data del provvedimento e stabilisce il termine per la comunicazione di questo ai creditori;

3) nomina il **commissario giudiziale** osservate le disposizioni degli articoli 28 e 29 ;

4) stabilisce il termine non superiore a quindici giorni entro il quale il ricorrente deve **depositare** nella cancelleria del tribunale la **somma** pari al 50 per cento delle spese che si presumono necessarie per l'intera procedura, ovvero la diversa minor somma, non inferiore al 20 per cento di tali spese, che sia determinata dal giudice.

Su proposta del commissario giudiziale, il giudice delegato può disporre che le somme riscosse vengano investite secondo quanto previsto dall'articolo 34, primo comma.

L'adunanza dei creditori

Dopo l'emissione del decreto, il commissario giudiziale è chiamato a verificare l'elenco dei creditori prodotto dal debitore in sede di presentazione della proposta di concordato nonché procedere alla convocazione degli stessi per consentire loro di respingere ovvero accettare la proposta di concordato (art. 171, c. 2, l. fall.).

Alla convocazione partecipano:

- 1) i creditori convocati dal commissario giudiziale;
- 2) i creditori chirografari non convocati che hanno avuto conoscenza dell'adunanza;
- 3) i coobbligati, i fideiussori e gli obbligati in via di regresso;
- 4) il debitore.

Nell'adunanza dei creditori il commissario giudiziale illustra la sua relazione e le proposte definitive del debitore.

Ciascun creditore può esporre le ragioni per le quali non ritiene ammissibile o accettabile la proposta di concordato e sollevare contestazioni sui crediti concorrenti. Il debitore ha facoltà di rispondere e contestare a sua volta i crediti, e ha il dovere di fornire al giudice gli opportuni chiarimenti.

Subito dopo si passa al momento della votazione della proposta di concordato. Il voto è espresso dai creditori nell'adunanza sotto la direzione e il controllo del giudice delegato.

Fase dell'omologazione

La fase dell'omologazione è stata completamente modificata dalla riforma del 2005. Ulteriori modifiche sono state apportate dal decreto correttivo (D.Lgs. 169/2007) che ha riscritto l'intero articolo 180.

Una volta che il concordato viene approvato, il giudice delegato deve riferire al Tribunale per la fissazione di un'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale (art. 180, c. 1, l. fall.). Il debitore, il commissario giudiziale e gli eventuali creditori dissenzienti devono costituirsi almeno 10 giorni prima dell'udienza fissata.

In sede di udienza, il provvedimento del Tribunale è, ovviamente, diverso a seconda se ci sono state o meno opposizioni:

- 1) in mancanza di opposizioni, il Tribunale verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, **omologa** il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame (art. 180, c. 3, l. fall.);
- 2) in caso di opposizioni, il Tribunale **assume i mezzi istruttori** richiesti alle parti o disposti di ufficio (art. 180, c. 4, l. fall.).

2 agosto 2011

Antonella Benedetto