

Diritto e Pratica del **FALLIMENTO**

Bimestrale di documentazione e approfondimento in materia fallimentare



Coordinamento scientifico a cura di Umberto Apice

2

aprile 2007

**Falsificazione del piano
nel concordato preventivo**

**Tutela del rischio nella circolazione
di strumenti finanziari**

**Novità interpretative
sulle soglie di fallibilità**

www.societa24.com

Le funzioni del commissario giudiziale prima dell'omologazione

Alessandro Solidoro
dottore commercialista

Durante il concordato preventivo il commissario giudiziale ha funzioni di coordinamento e controllo sull'attività dell'imprenditore, collaborando inoltre con quest'ultimo nell'esercizio dell'impresa. Analisi dei compiti specifici del commissario giudiziale, a seguito della riforma fallimentare, prima dell'omologa.

Dopo l'entrata in vigore del D.L. n. 35/2005 (conv. in legge 14 maggio 2005, n. 80), rimane al commissario giudiziale la funzione di vigilare sul debitore, il quale conserva l'amministrazione dei beni e l'esercizio dell'impresa, nei limiti previsti dal piano redatto e depositato con la domanda di ammissione alla procedura. Il concreto esercizio di tale controllo deve essere collocato all'interno della novellata procedura ed è quindi volto a verificare che le azioni del piano vengano compiute nei tempi e nelle modalità prospettate ai creditori.

Vigilanza agli atti di straordinaria amministrazione

Se la guida, la direzione e i limiti dell'attività gestoria sono quelli indicati dal debitore nel piano, è opinione, da più parti condivisa, che l'ordinarietà e la straordinarietà dell'amministrazione si misuri in termini di inclusione, ovvero di ultroneità dell'atto rispetto al piano. Gli atti previsti dal piano sono - tolte le eccezioni letterali dell'art. 167, comma 2, legge fall. - di ordinaria amministrazione e gli atti estranei di straordinaria amministrazione. Si ritiene, però, necessario introdurre alcune considerazioni aggiuntive.

Atti fuori piano di tipo migliorativo...

Gli atti fuori piano che ne migliorano l'esito non generano particolari problemi: si pensi, per

esempio, alla sopravvenuta possibilità di alienare una partecipazione ad un prezzo maggiore rispetto all'esito previsto per i soci dalla liquidazione volontaria della partecipazione stessa.

...e di tipo peggiorativo

Più complesso è un atto fuori piano, quindi straordinario, il cui risultato economico pur vantaggioso rispetto alle alternative venutesi a creare, è peggiorativo per il soddisfacimento dei creditori. In tale contesto occorrerà valutare:

- la rilevanza quantitativa dell'atto e delle sue conseguenze sul soddisfacimento dei creditori. Ove l'operazione fosse comunque conveniente e il danno ai creditori modesto, il commissario giudiziale potrebbe ritenere quest'ultima assorbibile da eventuali successivi risparmi in corso di procedura;
- l'esistenza di accantonamenti all'interno del piano a fronte di rischi generici, quantitativamente sufficienti ad assorbire la sopravvenienza passiva, ovvero di accantonamenti a fronte di rischi specifici non più necessari. In tal caso, il risultato peggiorativo troverebbe più che assorbimento all'interno del piano medesimo e quindi il commissario non avrebbe ostacoli ad esprimere il proprio parere favorevole;
- l'esistenza di altre "sopravvenienze attive" rispetto ai risultati attesi delle azioni del piano, tali da assorbire con il medesimo grado di certezza la sopravvenienza passiva che vie-

ne a generarsi per effetto dell'atto fuori piano di cui si chiede l'autorizzazione.

Infatti, in assenza delle suddette condizioni, il commissario si troverebbe nelle condizioni di dover ritenere "non fattibile" in via "confessoria" il piano presentato dal debitore.

A dire il vero, il commissario in questo contesto si troverebbe obbligato ad agire ai sensi dell'art. 173 legge fall., indipendentemente da qualunque incertezza sulla tipologia di controllo che la legge gli attribuisce. Se il controllo è sostanziale, l'azione del commissario è giustificata dal venir meno del requisito della fattibilità. Anche, però, considerando il controllo in senso formale, il commissario troverebbe la propria legittimazione ad agire nel mancato rigoroso rispetto del piano da parte del debitore.

Inventariazione del patrimonio del debitore

Con l'inventariazione del patrimonio, si mantiene vigente un adempimento in larghissima parte disatteso dalla prassi, tecnicamente privo di significato nel contesto della nuova procedura di concordato, inutile per i creditori.

Il motivo per cui l'adempimento è tecnicamente privo di significato è che, tolti i casi in cui i piani concordatari prevedano una mera liquidazione accompagnata da una totale cessazione dell'attività, in tutte le altre ipotesi i complessi aziendali continuano una vita dinamica o all'interno provvisoriamente o definitivamente del patrimonio del debitore, o all'interno del patrimonio di affittuari dell'azienda stessa o di singoli rami. Se questo è vero, quale potrebbe essere il senso di tutela dell'integrità del patrimonio attribuibile ad una attività, resa a distanza di settimane dal deposito della domanda di concordato, avente ad oggetto beni qualitativamente e quantitativamente in continuo divenire?

Si pensi al magazzino, suscettibile di evoluzione continua per effetto di eventuali nuove produzioni e delle vendite.

Scarsa utilità per i creditori dell'attività di inventariazione

Si tratta - a parere di chi scrive - di attività veramente di scarsa utilità per i creditori, per un insieme di motivazioni:

- la veridicità dei dati aziendali, quindi anche

quella relativa ai beni costituenti il patrimonio del debitore, risulta in primo luogo attestata dall'organo amministrativo del debitore e, soprattutto ove esistente, del collegio sindacale e, se non affidata la funzione al collegio stesso, ai soggetti incaricati del controllo contabile ex art. 2409-bis cod. civ.;

- la veridicità dei dati aziendali è attestata anche dal professionista incaricato ai sensi dell'art. 161, comma 3, legge fall.;
- la domanda di concordato è assistita da uno stato analitico ed estimativo delle attività e dall'elenco nominativo dei creditori.

Verifica della situazione patrimoniale alla data del deposito della domanda di concordato

Al fine pertanto di evitare operazioni prive di effettiva utilità, si ritiene opportuno che l'attività di inventariazione da parte del commissario consista nella verifica della situazione patrimoniale alla data di deposito della domanda.

Sotto il profilo del passivo, tale verifica potrà facilmente effettuarsi, con l'aiuto amministrativo del debitore, confrontando i dati contabili con i riscontri richiesti ai creditori ai sensi dell'art. 171 legge fall.

Sotto il profilo dell'attivo, soprattutto in presenza di offerte o contratti preliminari condizionati relativi all'azienda od ai suoi rami ed alle singole immobilizzazioni, il controllo del commissario dovrà soprattutto vertere, con tecniche di analisi campionaria, su magazzino e crediti.

Si richiama l'attenzione nuovamente sull'importanza della situazione patrimoniale alla data del deposito della domanda di concordato, perché solo detta situazione fornisce certezza in ordine ad un dato che è necessariamente stimato nella situazione patrimoniale fornita dall'impresa debitrice al tribunale, così come nella relazione dell'esperto.

Tale dato è la perdita economica del periodo successivo alla data di riferimento della situazione patrimoniale di cui alla domanda.

È assolutamente normale che il gap temporale tra situazione di riferimento e deposito della domanda sia di trenta/sessanta giorni. Tanto più è complessa l'attività societaria e maggiori sono le dimensioni quantitative della stessa.

tanto più il dato risulterà significativo e, nel contempo, difficile da stimare.

Stima qualitativa e quantitativa della perdita economica

Non si dimentichi poi che la stima della perdita non è solo attività quantitativa, ma anche di analisi qualitativa. È, infatti, evidente come in una situazione di crisi/insolvenza, quale quella che conduce l'imprenditore al concordato, la perdita economica di periodo sarà bilanciata da un aumento di passività e/o con una riduzione di attività. L'aumento della passività può riguardare sia debiti al privilegio che debiti chirografari e, pertanto, la perdita può essere ascritta a seconda delle due ipotesi possibili al passivo privilegiato od al passivo chirografario, ovvero in parte all'uno e in parte all'altro.

Se contropartita alla perdita è stata, invece, una riduzione di attivo, la natura della perdita sarà unicamente "privilegiata".

Queste considerazioni significano che, nella stima del fabbisogno indicato nel piano concordatario la perdita incide su due livelli, il primo quantitativo in termini assoluti, il secondo qualitativo, in termini di iscrivibilità al passivo chirografario e privilegiato, e quindi, in seconda battuta, nuovamente in termini quantitativi, dal momento che, come noto, il passivo privilegiato "pesa" il nominale nel fabbisogno e quello chirografario "pesa" la percentuale di soddisfacimento offerta.

Per questi motivi più che un inventario materiale è interesse della procedura, tramite il commissario, ben analizzare e riscontrare la situazione patrimoniale della debitrice al momento del deposito della domanda.

Nomina dello stimatore

Non esiste, salvo atti che richiedono autorizzazioni specifiche, come sopra commentato, una modalità di conduzione del concordato diverso dal piano proposto dal debitore ai creditori.

Paradossalmente, ove da questi ultimi accettato e salvo la regola del *cram down* in fase di omologazione, il piano non è neppure lo strumento che assicura il più elevato soddisfacimento del creditore chirografario.

Questo non deve stupire nel momento in cui si

valuti che il piano concordatario può compendiare il soddisfacimento di interessi privatistici e pubblicistici diversi, ivi compreso da ultimo e purché non perseguito attraverso comportamenti illeciti, quello del debitore.

Se così è, il piano contiene o può contenere ipotesi di cessioni di beni, di rami aziendali, di diritti a determinati prezzi e a soggetti già identificati.

Fino a che il piano è fattibile e fino all'eventuale voto contrario dei creditori, non esiste una possibilità di imporre all'imprenditore scelte difformi rispetto al piano.

A cosa serve, quindi, nominare uno stimatore per i beni per i quali esistono contratti preliminari ed impegni irrevocabili a vendere a soggetti terzi, non in conflitto di interesse e con pagamento del corrispettivo adeguatamente garantito?

Se l'analisi è corretta, la nomina dello stimatore dovrebbe essere richiesta solo per i beni per i quali viene individuato nel piano solo il valore e non anche il concreto futuro acquirente.

Ulteriore circostanza in cui lo stimatore potrebbe rendersi necessario è poi nella fase dell'omologa, nell'ipotesi in cui, essendo previste diverse classi di creditori, esistano una o più classi dissenzienti, il tribunale debba valutare se i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare meglio soddisfatti da alternative al piano concordatario concretamente praticabili. In conformità al principio sopra citato, ed estendendo il campo d'analisi rispetto alla problematica della nomina dello stimatore, non ha neppure senso che nella propria relazione, ex art. 172 legge fall., il commissario esprima ai creditori valutazioni in ordine alla eventuale maggior convenienza del fallimento rispetto al concordato.

Tale prassi, talvolta ancora applicata, si basa sul principio della più completa e corretta informazione del creditore, ritenuto altrimenti incapace di una consapevole valutazione della proposta concordataria.

Non è questa la sede per discutere quanto sia vera la necessità di tutela per creditori normalmente imprenditori (quando non lo sono, risultano pressoché sempre garantiti dal privilegio), ovvero se l'interesse degli stessi sia ottenere

pagamenti secondo il vecchio principio dei "pochi, maledetti e subito".

Tuttavia, perché l'esame dovrebbe allora limitarsi alla convenienza dell'alternativa fallimentare e non invece alla convenienza di un diverso piano concordatario?

Solo entrambe le analisi consentirebbero ai creditori una valutazione comparativa delle alternative.

Verifica della fattibilità del piano dopo l'ammissione

Dopo l'ammissione non vi può essere dubbio che la verifica della fattibilità del piano competa al controllo del commissario.

Con l'ammissione è il commissario il "garante" avanti al tribunale ed ai creditori in ordine alla fattibilità del piano; tale fattibilità deve essere verificata nella relazione ex art. 172 legge fall., così come nel successivo parere ex art. 180.

Concorrenza con l'attività dell'esperto

Questa circostanza è importante anche al fine della delimitazione della responsabilità attribuita all'esperto ex art. 161, comma 3, legge fall., che rende un'attività decisiva al fine dell'ammissione alla procedura, ma ininfluenza al fine del permanere del debitore nella procedura.

Conferma di ciò viene anche dal Tribunale di Milano (decreto 20 ottobre 2005) che, nel rinviare una adunanza dei creditori per effetto di una modificazione *in peius* della proposta concordataria, ha ritenuto necessaria «l'acquisizione del parere del commissario giudiziale sulla realizzabilità dei pagamenti, atteso che spetta a tale organo, istituzionalmente preposto alla vigilanza delle operazioni di procedura, individuare le prospettive di realizzabilità dei pagamenti promessi e la mancanza delle condizioni che ai sensi dell'art. 173 legge fall., dovrebbero condurre alla dichiarazione di fallimento».

Nello stesso decreto il Tribunale ha dichiarato «non più necessaria la relazione del professionista ex art. 161, comma 3, legge fall., posto che essa trova ragion d'essere solo nella fase di ammissione al concordato».

È evidente che l'attività di vigilanza del commis-

sario può portare ad una valutazione negativa della fattibilità anche in momenti precedenti alla redazione della relazione per l'adunanza dei creditori.

A questo punto le alternative sono:

- o l'imprenditore adegua le azioni del piano, consentendo il mantenimento delle percentuali originariamente offerte;
- o l'imprenditore adegua in diminuzione la proposta di pagamento ai creditori, prima dell'espressione del voto da parte degli stessi.

Sotto il profilo formale, pare necessaria la manifestazione di volontà espressa da parte del debitore di modificare la propria proposta; in difetto, la natura negoziale del concordato verrebbe fortemente incisa e posta in dubbio, ove l'accordo tra debitore e creditori non avvenisse sulla base della proposta avanzata dal primo, quanto piuttosto sulla proposta modificata dal terzo, quale è il commissario.

Considerazioni conclusive

In conclusione, non pare affatto che il ruolo del commissario giudiziale si sia ridotto ed abbia perso importanza rispetto alla normativa precedente. Questo sarebbe stato, se nei concordati proposti secondo il tipo della vecchia *cessio bonorum*, che oggi rappresentano - liberati dalla percentuale minima del 40 per cento di soddisfacimento dei crediti chirografari - la maggioranza assoluta delle fattispecie, il mancato pagamento post-omologazione della percentuale di piano votata dai creditori fosse stato condizione per la risoluzione del concordato ex artt. 186 e 138 legge fall.

In tali ipotesi infatti, il ruolo del commissario si sarebbe limitato alla vigilanza dell'attuazione del piano, senza peraltro incidere definitivamente sugli interessi dei creditori, comunque tutelati dalla possibile risoluzione, nel momento in cui i pagamenti fossero risultati inferiori al promesso.

Salvata invece la disposizione dell'art. 186 legge fall., tolto solo il riferimento alla percentuale del 40 per cento, la mancata incisiva azione del commissario può gravemente pregiudicare dopo l'intervenuta omologazione del concordato l'effettivo soddisfacimento dei creditori.