



TRIBUNALE DI BERGAMO
SECONDA SEZIONE CIVILE

AI CURATORI FALLIMENTARI
AI COMMISSARI E LIQUIDATORI GIUDIZIALI DI SOCIETA' IN
CONCORDATO PREVENTIVO

Oggetto: circolare operativa n. 2/16

1) Profili giuridici

A) principi generali da adottarsi nella pratica applicazione delle norme contenute agli artt. 160, 161, 163 e 163 bis l. fall. dopo la legge n. 132/15, di conversione del d.l. n. 83/15.

I contenuti della proposta

L'art. 160 l.fall., quarto comma, prevede che *“in ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'art. 186-bis”*.

La norma si applica quindi esclusivamente al concordato per *cessio bonorum* e specifica che in tale modello di concordato i crediti chirografari debbano avere un livello di soddisfacimento non inferiore alla percentuale del 20%.

La lettera della norma, inoltre, riferisce la percentuale del 20% all'intero ammontare dei crediti chirografari; di qui la deduzione che l'operazione che il debitore deve aver cura di effettuare sia quella di determinare il fabbisogno chirografario (comprensivo, oltre che dei crediti chirografari *ab origine*, anche degli eventuali crediti degradati al chirografo per l'incapienza del bene o dei beni sui cui il privilegio speciale o generale insiste) e di destinare al ceto chirografario una somma di denaro corrispondente alla misura legislativamente prevista.

Ne consegue ulteriormente che, ove il concordato preveda la divisione dei crediti chirografari in diverse classi, sarà possibile che alcune delle classi si vedano riservate un pagamento inferiore al 20%, a condizione che la media ponderata delle percentuali di pagamento non sia inferiore al limite di legge.

A parte questa precisazione, pare innegabile che nel concordato liquidatorio il debitore sia tenuto ad assumere un'obbligazione di natura pecuniaria nei confronti dei titolari di un credito chirografario, o di un credito degradato al chirografo, essendo stata così introdotta una significativa eccezione ai principi dell'atipicità dei contenuti del piano (e della proposta) previsto dall'art. 160, comma primo lett a) l. fall.

Il rispetto della norma di cui al comma quarto dell'art. 160 l. fall. diviene quindi una vera e propria condizione di ammissibilità della proposta di concordato, ferma restando la teorica possibilità che il debitore prospetti un soddisfacimento ulteriore del chirografo con un pagamento in percentuali superiori a quella minima del 20% o con forme alternative di soddisfacimento, che tuttavia potranno solo essere esuberanti rispetto al pagamento del 20% e mai sostitutive dello stesso.

In coerenza con tali premesse logiche, va ritenuto che il pagamento del 20% (o della diversa percentuale assicurata in caso di suddivisione dei creditori in classi) costituisca il parametro di riferimento per valutare l'integrale adempimento della proposta o, in caso di inadempimento, la sua qualificazione come *di non scarsa importanza*, ai fini di determinare se siano esistenti i presupposti per la risoluzione.

La norma di cui all'art. 160, quarto comma l. fall. non esaurisce il panorama delle novità inerenti al contenuto della proposta di concordato riconducibili alla legge di conversione del d.l. n. 83/2015.

Infatti l'art. 161 comma due, lett e) prevede nella sua parte finale che *“in ogni caso la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore”*.

Non v'è dubbio che si sia in presenza di un'ulteriore condizione di ammissibilità giuridica della proposta, e che peraltro tale condizione sia sempre integrata quando il concordato preveda il pagamento di una determinata percentuale del credito concorsuale.

In tali casi il pagamento non può che essere qualificato come un'utilità individuata ed economicamente valutabile.

Più difficile capire come ritenere integrata la condizione di ammissibilità in parola nel concordato con continuità, per il quale come detto continua ad essere applicabile integralmente il principio di atipicità dei contenuti del piano e della proposta di cui all'art. 160 comma primo lett. a).

L'utilizzo del termine *utilità* sembra poter autorizzare il debitore ad arricchire ulteriormente l'ambito delle diverse modalità di soddisfacimento dei creditori, valorizzando benefici quali quelli di natura fiscale riconducibili all'apertura del concorso dei creditori, o quelli derivanti dalla conservazione dei rapporti commerciali eventualmente già in essere con alcuni dei creditori.

In realtà i benefici fiscali non pare che possano rientrare nella nozione di *utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile*, derivando dalla disciplina fiscale e non essendo riconducibili all'autonomia negoziale del debitore proponente.

Ma parte questo, dalla norma in parola non pare possa conseguire la legittimità delle cd. “classi a zero”, in cui venga prospettata una soddisfazione del creditore che non passi affatto per il pagamento, né per altra forma di soddisfacimento tangibile del credito.

Autorizzare una prospettazione del soddisfacimento **del creditore** (quale ben potrebbe essere la contrattualizzazione dei futuri rapporti commerciali con il debitore che intenda risanare l'impresa con lo strumento del concordato o con colui che si sia reso cessionario dell'azienda in una procedura concordataria di natura conservativa) e **non del credito**, come richiesto espressamente dall'art. 160 comma primo lett. a), significherebbe infatti disattendere, oltre che il dato letterale di quest'ultima norma, anche il principio affermato dalla nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 1521/2013, che condiziona la legittimità della proposta di concordato, sotto il profilo della realizzazione della causa/funzione economica dell'istituto, alla previsione del soddisfacimento di **tutti i crediti concorsuali**.

Quanto esposto induce ad elaborare i seguenti principi:

1) Nel concordato che non sia qualificabile come in continuità, la proposta deve assicurare, a pena di inammissibilità, il pagamento dell'ammontare del 20% dei crediti chirografari, il che significa che il debitore deve assumere necessariamente un'obbligazione di pagamento di carattere monetario.

2) Nel concordato che non sia qualificabile come in continuità la possibilità di assicurare pagamenti differenziati per classi autorizza che alcuni crediti

(opportunamente classati), sia pagati in percentuale inferiore al 20%, a condizione che la media ponderata dei pagamenti, facendo riferimento al complessivo ammontare dei crediti chirografari *ab origine* e di quelli degradati al chirografo, sia pari o superiore alla soglia di legge.

3) Il pagamento del 20% dell'ammontare complessivo dei crediti chirografari costituisce il parametro cui ancorare la valutazione di integrale adempimento della proposta, nonché la valutazione di non scarsa importanza dell'eventuale inadempimento.

4) La previsione di cui all'art. 161 comma due, lett e), per cui *"in ogni caso la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore"*, non autorizza il debitore, nei concordati sussumibili nell'art. 186 bis l. fall., a prevedere che il soddisfacimento di alcuni creditori possa prescindere dal pagamento o da altre forme di soddisfacimento tangibile (quali quelle elencate, in via meramente esemplificativa dall'art. 160, comma primo lett. a) l. fall.) dei crediti di titolarità dei creditori stessi.

Offerte concorrenti

Una ragionata ricognizione della casistica consente di ricondurre la maggior parte dei piani concordatari presentati nel vigore della disciplina antecedente a quella scaturita dal d.l. n. 83/15 e della relativa legge di conversione, ad uno schema collaudato: la presentazione di un piano imperniato sull'affitto dell'azienda ad un soggetto, spesso costituito *ad hoc*, riconducibile direttamente o indirettamente alla medesima compagine sociale del debitore in crisi, che accompagnava la stipula del contratto di affitto con una promessa irrevocabile di acquisto dell'azienda condizionata all'omologazione del concordato.

La proposta di concordato (non a caso definita chiusa o vincolata) determinava in tali casi l'impossibilità, per il tribunale, di applicare la disciplina dettata dall'art. 182 l. fall. per le vendite da eseguirsi nella fase esecutiva del concordato; di qui la mancata applicazione dei due noti principi che da sempre connotano le vendite coattive realizzatesi in ambito concorsuale: quello della pubblicità e quello della natura competitiva del procedimento inteso ad individuare l'acquirente del bene.

A parte qualche pronuncia rimasta sostanzialmente priva di seguito, che teorizzava la necessaria applicazione dell'art. 182 l. fall. ad ogni vendita concordataria, eccezion fatta per il caso in cui società debitrice e promissaria acquirente avessero concluso un contratto preliminare in epoca antecedente alla presentazione della domanda concordataria, la maggior parte dei tribunale riconosceva la legittimità della proposta chiusa o vincolata, valorizzando l'accentuata impronta negoziale della procedura di concordato preventivo e, quindi, il diritto del debitore di definire la sua crisi determinando, nella sostanza, a chi e a quale prezzo collocare i propri beni, fermi restando i necessari controlli del commissario giudiziale sulla congruità del prezzo pattuito e sulla mancanza, quindi, di aspetti di natura fraudolenta certamente idonei a determinare l'arresto della procedura previa instaurazione del procedimento incidentale di cui all'art. 173 l. fall.

Con l'introduzione dell'art. 163 bis l. fall., il legislatore ha inteso porre fine al fenomeno delle proposte vincolate ed ha recepito un principio non derogabile che impone sempre la necessaria pubblicizzazione dell'offerta pervenuta al debitore e la altrettanto necessaria natura competitiva del procedimento mirato ad individuare l'acquirente.

Tra l'altro, precisandosi espressamente, nell'ultima parte del primo comma dell'art. 163 *bis*, che *le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo di azienda o di specifici beni*, il divieto della vendita vincolata è stato esteso anche alle ipotesi in cui debitore ed offerente avessero concluso un contratto preliminare di compravendita prima del momento dell'apertura del concorso dei creditori, con ciò risultando inefficace e, quindi, inopponibile alla massa, anche un eventuale pregresso incontro delle volontà negoziali di debitore e offerente.

Il principio integra una significativa eccezione a quello generale secondo cui i contratti pendenti proseguono in costanza di concordato, salvo domanda di sospensione o scioglimento da parte del debitore ex art. 169 *bis* l. fall.

La sua applicazione va quindi riservata ai contratti preliminari conclusi prima della pubblicazione della domanda di concordato, che abbiano come oggetto l'azienda, un ramo d'azienda o specifici beni facenti parte dell'azienda, con conseguente esclusione dei contratti preliminari che siano stati conclusi in coerenza con l'attività di gestione caratteristica della società debitrice (es.: preliminari di compravendita di appartamenti stipulati da una società immobiliare).

In coerenza con la disciplina di cui all'art. 163 *bis* l. fall., l'art. 182 è stato integrato con la previsione espressa che *alle vendite, alle cessioni e ai trasferimenti legalmente posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato o in esecuzione di questo, si applicano gli artt. da 105 a 108 ter in quanto compatibili*.

E' stato quindi espressamente previsto che la vendita concorsuale possa avvenire nella fase preconcordataria, cioè prima della scadenza del termine concesso dal tribunale ex art. 161 comma 6 l. fall., in assenza di piano, proposta e relazione attestatrice, e sempre con l'effetto tipico delle vendite di natura coattiva, quello purgativo delle eventuali iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli sul bene venduto.

La novità, non di poco conto, dipende dall'affidamento che il legislatore ha nella capacità del mercato di valorizzare al meglio l'oggetto della vendita.

E in effetti, se la vendita viene pubblicizzata nel modo più idoneo a garantire la massima diffusione possibile della notizia, la natura competitiva del procedimento inteso ad individuare l'acquirente garantisce in merito alla ottimizzazione del realizzo nell'interesse dei creditori, e ciò rende irrilevante l'eventuale mancanza del piano concordatario.

Detto questo, dall'espressa previsione della eventualità della vendita con effetti purgativi anche in un momento che preceda la presentazione del piano pare potersi dedurre una ricaduta sistematica tale da imporre di considerare la fase cd. preconcordataria quale parte integrante della procedura concordataria vera e propria, dovendosi così ritenere superato il contrasto tra i sostenitori della tesi secondo cui il concordato ha inizio soltanto con il decreto di ammissione e i sostenitori della tesi che individua nella pubblicazione a registro delle imprese il momento di apertura della procedura concorsuale.

Va ulteriormente evidenziato come il contrasto tra l'art. 107 l. fall., espressamente richiamato dall'art. 182, che nel fallimento autorizza la gestione della procedura competitiva anche da parte di un organo diverso dal giudice (il curatore o un soggetto da quest'ultimo incaricato), e l'art. 163 *bis* l. fall., che impone che nel concordato preventivo a dirigere la procedura competitiva sia l'organo giurisdizionale, va ovviamente risolto dando applicazione a quest'ultima norma, da cui consegue che la ricerca di offerte concorrenti e la conseguente eventuale gara non possano che essere gestite dall'organo

giurisdizionale, essendo riservata in particolare al tribunale, in composizione collegiale, la determinazione dei contenuti del bando e al giudice delegato la gestione della gara.

Quest'ultima, poi, *deve concludersi prima dell'adunanza dei creditori anche quando il piano prevede che la vendita o l'aggiudicazione abbia luogo dopo l'omologazione.*

Nell'affermare, con la norma in parola, il condivisibile principio secondo cui la massa dei creditori deve poter votare sulla proposta del debitore con la consapevolezza dell'ammontare delle risorse ricavate dalla vendita, il legislatore ha peraltro dimenticato di raccordare la prescrizione con il termine concesso al commissario giudiziale per la presentazione della relazione ex art. 172 l. fall. (quarantacinque giorni prima dell'adunanza).

Sarà pertanto il giudice delegato a dover tener conto di tale omesso raccordo normativo in modo da assicurare, nel definire la tempistica della gara, ciò che deve ritenersi essenziale, cioè che il commissario giudiziale abbia notizia dell'esito della stessa prima della scadenza del termine prescritto per il deposito della relazione ex art. 172 l. fall.

Quanto esposto induce ad elaborare i seguenti principi

1) la nuova disciplina delle offerte concorrenti comporta che debbano essere ritenute sempre inammissibili le proposte cd. chiuse o vincolate, il che non esclude che la proposta possa essere accompagnata da un'offerta da parte di un soggetto già individuato, fermo restando l'obbligo, da parte del tribunale, di attivare la ricerca di altri interessati all'acquisto.

2) la disciplina delle offerte concorrenti si applica a qualsiasi trasferimento di beni in ambito concordatario e quindi non soltanto nelle procedure di natura liquidatoria, ma anche nelle procedure con continuità mista e con continuità funzionale alla cessione dell'azienda.

3) il decreto con cui si dispone la ricerca di interessati all'acquisto e l'apertura di un procedimento competitivo, nonché le regole della gara, è di competenza del tribunale in composizione collegiale, spettando al g.d. soltanto la conduzione della gara tra i diversi offerenti, senza che sia possibile, per l'organo giurisdizionale, delegare tale funzione al c.g.

4) la norma di cui all'ultima parte del comma primo dell'art. 163 bis l.f., integrando un'eccezione al principio della prosecuzione dei contratti pendenti nel concordato, va riservata, nella sua applicazione, ai contratti preliminari conclusi dal debitore, prima del momento di apertura del concorso, aventi per oggetto l'azienda, il ramo d'azienda o specifici beni facenti parte dell'azienda.

5) la norma secondo la quale la gara deve concludersi prima dell'adunanza dei creditori va raccordata con la necessità che il c.g. sia a conoscenza dell'esito della gara prima della scadenza del termine di 45 giorni antecedenti all'adunanza, termine fissato per il deposito della relazione ex art. 172 l. fall., dal momento che il debitore deve modificare la proposta e il piano in conformità all'esito della gara

Proposte concorrenti

La nuova disciplina delle proposte concorrenti introduce nell'ordinamento, per la prima volta, la possibilità che un soggetto diverso dal debitore in crisi formuli una proposta di soddisfacimento dei creditori concorsuali, con conseguente acquisizione del patrimonio del debitore stesso.

I possibili profili di illegittimità costituzionale che qualcuno ha paventato essere inerenti al nuovo istituto (che nasconderebbe il rischio di una espropriazione della proprietà altrui non indennizzata) paiono facilmente superabili tenendo conto che le società in crisi, salvo

rarissime eccezioni, hanno un patrimonio netto negativo e che la proposta concorrente presuppone, in quanto concorrente, appunto, la previa presentazione di una domanda di concordato da parte del debitore, il quale peraltro si vede riconosciuti dalla normativa significativi vantaggi procedurali (viene messa al voto per prima) e sostanziali (a parità di adesioni viene preferita alla proposta del terzo) nella competizione con il concorrente.

Volendo limitare il novero dei soggetti legittimati alla proposta concorrente, il legislatore ha riservato la possibilità di proporre un concordato ai soggetti che siano titolari di almeno il 10% dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale di riferimento, quella allegata alla domanda di concordato secondo quanto previsto dall'art. 161, comma 2 lett. a) l. fall.

La nuova disciplina precisa che tale quota ben può essere raggiunta anche per effetto di acquisti successivi alla presentazione della domanda, e v'è motivo di ritenere che tali operazioni di "rastrellamento" non siano precluse a soggetti che originariamente non facessero parte dei creditori concorsuali.

Nessuna disposizione, infatti, autorizza a contenere la legittimazione attiva a formulare una proposta concorrente oltre i limiti che sono stati espressamente posti dal legislatore.

Va poi tenuto conto della *ratio* sottostante all'introduzione del nuovo istituto, che è quella di aprire il c.d. mercato della crisi alla concorrenza, con l'obiettivo di incoraggiare il debitore ad un tempestivo accesso agli strumenti che l'ordinamento prevede per il risanamento o la conservazione dell'azienda.

Ed è in quest'ottica che va letta la possibilità, per il debitore, di evitare il possibile intervento di un proponente concorrente assicurando il soddisfacimento dei crediti chirografari nella misura minima del 30%, quando il concordato è in continuità, e del 40% quando la procedura ricalca il modello liquidatorio.

L'articolo 163, quinto comma prevede che «I creditori che presentano una proposta di concordato concorrente hanno diritto di voto sulla medesima solo se collocati in una autonoma classe».

Tale norma non è stata coordinata con la previsione dell'articolo 177, ultimo comma (che è stato parimenti oggetto di modifica da parte del decreto legge n° 83), in forza del quale: «Sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze (...) i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della proposta di concordato».

Dal combinato disposto delle due norme deve ritenersi che i soggetti che abbiano acquistato il credito nell'anno anteriore al deposito del ricorso e successivamente proposto una domanda concorrente di concordato preventivo hanno diritto di voto (nei termini previsti dall'articolo 163, terzo e quinto comma) soltanto se già creditori, per altro titolo, prima dell'acquisto del credito.

I profili problematici che scaturiscono dall'introduzione del nuovo istituto attengono anzitutto, e principalmente, alla possibile inerzia del debitore rispetto ai suoi obblighi informativi, da considerarsi essenziali perché l'istituto della proposta concorrente possa trovare applicazione concreta.

L'art. 163 comma due n. 4 *bis* l. fall. prescrive che nel decreto di ammissione al concordato sia compreso l'ordine al ricorrente di consegnare al commissario giudiziale entro sette giorni copia informatica o su supporto analogico delle scritture contabili e fiscali obbligatorie.

Il rispetto di tale prescrizione da parte del debitore è fondamentale, dovendosi peraltro ritenere che gli obblighi informativi del soggetto in concordato non siano limitati a quanto previsto dall'art. 163 comma due n. 4 *bis*, essendo necessariamente comprensivi

di ogni altro genere di dato o informazione utile per la prosecuzione della procedura e per consentire al commissario giudiziale di svolgere al meglio le proprie funzioni.

In mancanza di una espressa previsione in tal senso, il termine di sette giorni dall'emissione del decreto di ammissione al concordato non può ovviamente considerarsi di natura perentoria, ma semplicemente acceleratorio e di obbligatorio rispetto, da parte del debitore, donde il problema di stabilire cosa accada nel caso in cui il debitore stesso risulti inerte.

La norma citata nulla chiarisce a tal proposito, ma v'è motivo di ritenere che il comportamento (insistentemente) omissivo posto in essere dal debitore possa giustificare l'instaurazione del procedimento incidentale per la revoca dell'ammissione, ex art. 173 l. fall.

Del resto, l'art. 185, comma due e seguenti l. fall., inerente alla fase di esecuzione di una proposta concorrente che abbia ricevuto l'omologazione, nel prevedere una serie di rimedi all'eventuale comportamento ostruzionistico del debitore, nell'*incipit* del 4° comma fa salvo il disposto dell'art. 173 l. fall.

E dal momento che la norma di cui all'art. 173 non può trovare applicazione nella fase esecutiva del concordato (salvo voler pensare ad una imbarazzante svista del legislatore), il richiamo non può che avere il significato di prevedere che i comportamenti ostruzionistici posti in essere nella fase anteriore all'omologa trovino sanzione nella revoca dell'ammissione al concordato.

E tra tali comportamenti ostruzionistici l'inerzia del debitore nell'adempimento dei suoi obblighi di trasmissione dei dati contabili e fiscali è certamente il primo, in ordine temporale, possibile.

Il legislatore non si è limitato a ridurre la platea dei soggetti in astratto legittimati a formulare una proposta, ma ha introdotto un limite temporale decorso il quale l'eventuale proposta concorrente va considerata tardiva e quindi inammissibile.

Il termine previsto per la presentazione di una proposta concorrente è di trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori, va calcolato quindi retroattivamente (dove la conclusione che se scade il sabato o la domenica retroagisce al venerdì precedente) e, come già anticipato, va inteso come prescritto a pena di inammissibilità. Ne consegue che il Tribunale non possa rinviare la data dell'adunanza stabilita nel decreto di ammissione ex art. 163 l. fall. se non riferendosi a ragioni di carattere eccezionale che rendano indispensabile il rinvio.

La concessione (indiscriminata) di rinvii della data dell'adunanza altererebbe le regole del gioco a gioco già iniziato e finirebbe per pregiudicare gli interessi del debitore o di altri eventuali proponenti concorrenti.

La nuova disciplina non contiene alcun riferimento ad un vaglio di ammissibilità giuridica della proposta concorrente, se non quando la proposta sia imperniata su un piano che preveda la divisione dei creditori in classi.

In tale caso l'art. 163, ultimo comma l. fall. prevede che essa debba essere *sottoposta al giudizio del tribunale che verifica la correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi.*

In realtà, posto che non è ipotizzabile, per evidenti ragioni di economia processuale, che il giudizio di ammissibilità giuridica della proposta concorrente venga rinviato al momento dell'omologazione e subordinato quindi alla precedente approvazione della proposta concorrente da parte della massa dei creditori, non sembra eludibile il principio generale secondo cui al tribunale è demandata ogni valutazione inerente alla legittimità

ed alla cd. fattibilità giuridica della proposta in un momento immediatamente successivo alla presentazione della proposta stessa.

Va tenuto in conto che la presentazione di una proposta concorrente nei termini di legge introduce significative variazioni di natura procedimentale, che si risolvono nell'obbligo che il commissario giudiziale ha di presentare la relazione comparativa e attengono alle modalità di svolgimento dell'adunanza dei creditori e della votazione.

Ne consegue che non avrebbe alcun senso ritardare una eventuale valutazione di inammissibilità ad un momento successivo a quello che segue immediatamente la presentazione della proposta concorrente.

Come anticipato, tra gli elementi che determinano l'inammissibilità della proposta concorrente c'è la circostanza che la proposta assicuri il pagamento dei crediti concorsuali nella misura minima del 40% o, nel concordato con continuità, del 30%.

La legge subordina l'integrazione della fattispecie alla specifica attestazione, sul punto, del professionista.

Ciò significa che il professionista attestatore si deve assumere la responsabilità di attestare che, sulla base di quanto da lui potuto accertare, e salvo il verificarsi di eventi non prevedibili al momento della elaborazione dell'attestazione, detta misura minima sarà effettivamente e concretamente corrisposta ai creditori chirografari.

Un'ulteriore questione non risolta dalla nuova disciplina attiene al destino di una procedura di concordato in cui la proposta del debitore venga fatta oggetto di rinuncia da parte del debitore stesso, o in cui il decreto di ammissione venga revocato, nell'ipotesi in cui sia già pervenuta una proposta concorrente.

Delle due possibili soluzioni, sembra preferibile la tesi che preveda la prosecuzione della procedura con riguardo alla sola proposta concorrente, ovviamente se quest'ultima dovesse superare il necessario vaglio di legittimità e di fattibilità giuridica, non potendosi ritenere ammissibile che il debitore possa frustrare gli interessi all'approvazione della proposta del terzo con una rinuncia agli atti del concordato, eventualmente accompagnata da una domanda di fallimento in proprio, né che il concorrente possa risentire di profili di inammissibilità ex art. 173 l. fall. di cui egli non ha responsabilità alcuna e di cui, pertanto, non può certo essere chiamato a rispondere, neppure in via indiretta.

Quanto esposto induce ad elaborare i seguenti principi:

1)il termine previsto dall'art. 163 per la consegna al c.g. di copia informatica o su supporto analogico delle scritture contabili o fiscali obbligatorie va inteso quale termine acceleratorio e di obbligatorio rispetto da parte del debitore, dovendosi ritenere che il comportamento insistentemente inerte del ricorrente possa comportare l'apertura del procedimento incidentale di cui all'art. 173 l. fall., come desumibile dall'unica interpretazione sistematicamente corretta della norma di cui all'art. 185 quarto comma l. fall., che ha introdotto il principio dell'inammissibilità del comportamento ostruzionistico del debitore nella fase che precede l'omologazione del concordato.

2)legittimato alla presentazione di una proposta concorrente è qualsiasi soggetto, anche non facente parte, originariamente, del novero dei creditori concorsuali, che rappresenti almeno il dieci per cento dei crediti, eventualmente per effetto di acquisti successivi alla presentazione della domanda di concordato.

3)il termine previsto per la presentazione di una proposta concorrente (trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori) va inteso come prescritto a pena di inammissibilità. Ne consegue che il Tribunale non possa rinviare la data dell'adunanza stabilita nel decreto di ammissione ex art. 163 l. fall. se non

riferendosi a ragioni di carattere eccezionale che rendano indispensabile il rinvio. In tale caso è inevitabile che slitti in avanti anche il termine di legge per la presentazione delle proposte concorrenti, essendo indispensabile che detto termine sia successivo a quello fissato per il deposito della relazione che il commissario giudiziale deve redigere ai sensi dell'art. 172 l. fall.

4) la proposta concorrente va sottoposta al giudizio di ammissibilità giuridica del tribunale prima di essere comunicata ai creditori anche nelle ipotesi in cui non occorra verificare la correttezza dei criteri di formazione delle classi.

5) se la proposta del debitore assicura il pagamento dei crediti concorsuali nella misura minima del 40% o, nel concordato con continuità, del 30%, l'attestazione del piano deve riferirsi esplicitamente anche a tale profilo, il che significa che il professionista attestatore si deve assumere la responsabilità di attestare che, sulla base di quanto da lui potuto verificare, e salvo il verificarsi di eventi non prevedibili al momento della elaborazione dell'attestazione, detta misura minima sarà effettivamente corrisposta ai creditori chirografari.

6) la revoca ex art. 173 l. fall. dell'ammissione al concordato, così come la rinuncia alla domanda da parte del debitore, non comporta l'arresto della procedura quando nei termini di legge sia stata presentata una proposta concorrente. In tale caso la procedura proseguirà con riferimento alla proposta concorrente.

B] principi di cui tenere conto quando il curatore si avvale dell'istituto dell'arresto dell'accertamento del passivo previsto dall'art. 102 l. fall.

Il Tribunale può disporre di non procedere all'accertamento del passivo con decreto motivato, su istanza del curatore, istanza presentabile almeno venti giorni prima dell'udienza prevista per l'esame dello stato passivo.

L'istanza deve essere accompagnata da una specifica relazione, del curatore, sulle prospettive della liquidazione, oltre che dal parere del comitato dei creditori.

Il fallito deve essere sentito.

Nella relazione va specificato se sia prevedibile che non possa essere acquisito attivo da distribuire ai creditori concorsuali, una volta soddisfatti i crediti prededucibili e tenuto conto delle spese di procedura.

Il presupposto del provvedimento è quindi una previsione di insufficiente realizzo, di competenza della curatela, previsione che potrà motivare l'arresto anche ad esame del passivo già iniziato e non ultimato, nel caso di rinvio della verifica dei crediti ad altra, successiva udienza.

Si tratta di un istituto ispirato ad un criterio di economia processuale, con finalità deflative, lo stesso criterio che, nella nuova disciplina dei presupposti del fallimento, evita l'apertura della liquidazione concorsuale all'imprenditore che abbia un'esposizione debitoria complessiva inferiore a 30.000 euro.

Evidentemente il provvedimento è il presupposto per la chiusura della procedura: al decreto di arresto, di competenza del tribunale - reclamabile innanzi alla Corte d'Appello entro quindici giorni dalla sua comunicazione da ogni creditore che abbia presentato domanda di ammissione allo stato passivo - seguirà quindi la presentazione da parte del curatore del rendiconto della gestione e, a rendiconto approvato, liquidato il compenso del curatore (a carico dell'Erario) il decreto motivato di chiusura, restando salva la possibilità di riaprire la procedura di liquidazione concorsuale nelle ipotesi di

sopravvenienza nuove attività o scoperta di attività preesistenti non conosciute in costanza di procedura.

Per la riapertura, peraltro, saranno necessari gli ulteriori presupposti, rimasti immutati rispetto alla passata disciplina, previsti dall'art. 121 l.f. vigente, dell'utilità del provvedimento e dell'intervento di quest'ultimo nel termine massimo di cinque anni dalla chiusura del fallimento.

Peraltro deve essere chiaro che al decreto di arresto seguirà l'immediata chiusura del fallimento soltanto nell'ipotesi di mancanza assoluta di attivo.

Nei casi i cui siano acquisiti all'attivo fondi appena sufficienti per il pagamento delle spese e della prededuzione, infatti, la procedura dovrà proseguire a questo scopo e, nel caso di incapienza dell'attivo in relazione alla prededuzione, sarà necessaria l'effettuazione di un piano di riparto riferito ai creditori prededucibili, con il riconoscimento agli stessi delle eventuali cause di prelazione che dovessero assistere i rispettivi crediti.

In concreto, rientrano nella sfera di applicazione dell'art. 102 l. fall. tutte le fattispecie, frequenti, in cui la curatela non trovi beni da liquidare, né scritture contabili che possano consentirgli di verificare i presupposti di eventuale azioni recuperatorie.

In tali casi il curatore dovrà premurarsi di verificare se i soggetti cui è riconducibile l'amministrazione e/o il controllo della società fallita siano privi di beni aggredibili per l'ipotesi in cui esistessero i presupposti di un'azione di responsabilità, da proporsi eventualmente nelle forme della costituzione di parte civile nel procedimento penale di probabile instaurazione.

Una volta che sia stato reso esecutivo lo stato passivo riferito alle domande tempestive, il curatore è legittimato a chiedere la chiusura della procedura per mancanza di attivo ai sensi dell'art. 118 n. 4) l. fall., anche nella pendenza di domande di ammissione tardive, dovendosi ritenere che la previsione di cui al secondo comma dell'art. 102 l. fall. sia riservata ai soli casi di insufficienza, e non di mancanza assoluta, di attivo.

2] profili organizzativi

A] integrazione delle indicazioni operative connesse all'adozione di mandato di pagamento cartaceo a firma del g.d. e del cancelliere, da presentare in banca per il prelevamento di denaro dal conto corrente intestato alla procedura.

Le indicazioni diramate con la circolare n. 1/16, che per comodità vengono ritrascritte, vengono integrate con la parte di seguito indicata in neretto.

“Al fine di dare piena e corretta applicazione alla norma di cui all'ultimo comma dell'art. 34 l. fall., si stabilisce quanto segue.

Ad ogni decreto del giudice delegato di liquidazione di un compenso a soggetti terzi e/o autorizzativo di un pagamento a carico della massa dei creditori, dovrà seguire la compilazione di un mandato di pagamento in duplice copia, indirizzato alla banca presso cui è acceso il conto corrente intestato alla procedura.

Il curatore troverà il mandato di pagamento presso la cancelleria fallimentare.

Dopo l'emissione da parte del g.d. del decreto di liquidazione e/o di autorizzazione al pagamento, la cancelleria trasmetterà al g.d. il mandato, unitamente alla copia del provvedimento di liquidazione o di autorizzazione al pagamento, compilato in ogni sua parte con l'ausilio del curatore, ad eccezione della somma oggetto del prelevamento, che verrà inserita dal giudice.

Nel caso in cui il provvedimento di liquidazione del giudice esiga l'effettuazione di

calcoli per la esatta determinazione della somma oggetto del prelevamento (es.: euro xxx oltre ad accessori di legge; euro XXX al lordo della R.A.), sarà cura del curatore indicare informalmente il calcolo già effettuato, che verrà ovviamente controllato dal g.d.

Dopo la firma del g.d. e del cancelliere il curatore avrà cura di prelevare la somma indicata nel mandato soltanto previa presentazione alla banca del mandato, la cui copia conforme verrà da subito inserita, a cura della cancelleria, nel fascicolo telematico della procedura, previa sua scansione.

Come specificato in calce al mandato, la banca sarà tenuta a consegnare la documentazione inerente all'operazione appena avvenuta al curatore/liquidatore giudiziale e a trasmettere copia della stessa e del mandato alla cancelleria fallimentare in tutti i casi in cui il pagamento superi l'importo di euro 3.500,00.

La trasmissione della documentazione "di ritorno" da parte della banca potrà avvenire, in attesa che diventi operativa una pec dedicata della cancelleria fallimentare, anche avvalendosi della collaborazione del curatore fallimentare.

Anche la documentazione trasmessa dalla banca verrà inserita, previa scansione, nel fascicolo telematico della procedura.

Nel caso di estinzione del conto corrente per l'intervenuta chiusura della procedura, con il conseguente diritto del curatore al prelievo di quanto restante sul conto, coincidente con il saldo del suo compenso liquidatogli dal tribunale, al mandato, che in tal caso non conterrà l'indicazione dell'importo da prelevare, sarà dal curatore allegato il provvedimento di chiusura della procedura all'atto della presentazione in banca del mandato di prelievo per estinzione conto.

In tale caso la banca non sarà tenuta a trasmettere alcunchè alla cancelleria fallimentare.

Si evidenzia che un unico mandato può essere utilizzato per pagamenti plurimi, purchè contestuali, anche previo rinvio ad un elenco allegato (come sarà nella maggior parte dei pagamenti esecutivi di un piano di riparto).

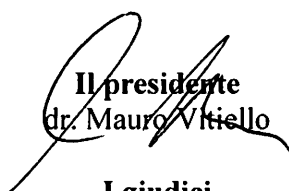
Il curatore avrà cura di inserire nel quadro relativo ai destinatari la dicitura *vedi elenco allegato*.

Le istruzioni sono valide anche per i liquidatori giudiziali nominati nella fase esecutiva di concordati preventivi omologati".

Si dispone che la presente circolare operativa venga comunicata, a cura della cancelleria, agli ordini professionali degli avvocati e dei dottori commercialisti.

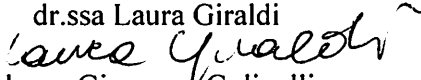
Si comunichi altresì, per sua opportuna conoscenza, al Presidente del tribunale.

Bergamo, 3.3.16


Il presidente
dr. Mauro Vitiello

I giudici

dr.ssa Laura Giraldi


dr.ssa Laura Giraldi

dr.ssa Giovanna Golinelli


dr. Giovanni Panzeri


dr.ssa Elena Gelato