

CONVEGNO
IL CURATORE FALLIMENTARE E LE NUOVE PROCEDURE
CONCORSUALI

Firenze, 20 ottobre 2006

* * *

Aspetti professionali ed operativi del nuovo concordato preventivo

Intervento di LUCA MANDRIOLI

Centro Studi di diritto fallimentare di Modena

*(*Dottore commercialista in Modena – Professore a contratto di diritto fallimentare
nell’Università di Modena e Reggio Emilia)*

* * *

SOMMARIO: *1. Premesse - 2. La ristrutturazione dei debiti ed il soddisfacimento dei creditori - 3. Le operazioni straordinarie di cui alla lett. a) dell’art. 160 l. fall. - 4. La ristrutturazione dei debiti ed il soddisfacimento contestuale della pluralità dei creditori - 5. Il concordato con assuntore - 6. La suddivisione in classi dei creditori ed il loro trattamento differenziato - 7. La documentazione da allegare al ricorso - 8. La relazione del professionista nel concordato preventivo - 9. L’attestazione di veridicità dei dati aziendali – 10. L’attestazione di fattibilità del piano - 11. La responsabilità del professionista.*

* * *

1. Premesse

Non vi è dubbio che, nell’ambito di una riforma tesa a privilegiare la natura privatistica della risoluzione dei conflitti tra debitore e creditori, il concordato preventivo rappresenti la nuova frontiera del diritto concorsuale, il cui motore principale è rinvenibile in una logica “pianificatoria”,

caratterizzata dalla massima libertà delle forme tecniche-giuridiche da adottare per la risoluzione della crisi d'impresa. E', infatti, in un simile contesto che il piano di ristrutturazione di cui all'art. 160 l. fall., quale "mappa" di riferimento della procedura concordataria, assume il ruolo di strumento principe dal quale desumere le linee di ingegneria finanziaria che l'imprenditore intende attuare al fine di superare quello stato di crisi ovvero di insolvenza in cui il medesimo si è venuto a trovare in conseguenza del deteriorarsi dell'equilibrio economico.

Tuttavia, se da un lato i profili giuridici che contraddistinguono l'istituto in esame indicano le operazioni da effettuare, i tempi di pagamento dei creditori, nonché le modalità di soddisfacimento degli stessi, dall'altro i medesimi finiscono nondimeno per delineare quei confini, peraltro alquanto flessibili, all'interno dei quali deve oggi articolarsi la nuova proposta di concordato preventivo, lasciando al debitore, quanto ai contenuti, la più ampia libertà di manovra.

Con una decisa inversione di tendenza rispetto alla previgente disciplina, l'art. 160 l. fall., nel fissare i soli criteri generali che devono presiedere alla predisposizione della suddetta proposta di concordato preventivo, dispone, infatti, con una infelice formulazione, che finisce per tradire l'originario intento obbligatorio del legislatore, che la domanda di concordato «può prevedere»¹:

a) la ristrutturazione dei debiti ed il soddisfacimento dei crediti² attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori o a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito,

affrettandosi successivamente ad aggiungere che il piano stesso può nondimeno prevedere, relegando quindi a mera facoltà del ricorrente, le ulteriori ipotesi contemplate nello stesso art. 160 l. fall. quali:

b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore, potendosi costituire quali assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le cui azioni sono destinate ad essere attribuite ai creditori stessi per effetto del concordato;

¹ Dizione che andrebbe quindi correttamente sostituita con l'espressione "deve prevedere" non essendo per nulla chiaro, in assenza di qualsiasi contenuto minimo, che cosa il piano dovrebbe in realtà contemplare.

² La cui formulazione dovrebbe essere modificata in "soddisfacimento dei creditori", dal momento che i crediti sono le posizioni attive del debitore fallito, mentre quelle sul versante passivo, essendo costituite da debiti, si caratterizzano per la presenza di soggetti creditori.

c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei, nonché,

d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

2. La ristrutturazione dei debiti ed il soddisfacimento dei creditori

La formulazione normativa di cui alla lettera a) dell'art. 160 l. fall., nel contrapporre alla ristrutturazione dei debiti il soddisfacimento del ceto creditorio, sembrerebbe, *prima facie*, introdurre una dicotomia tra i due diversi concetti. Infatti, mentre quest'ultimo indurrebbe a ritenere che il pagamento dei creditori debba essere effettuato in un lasso di tempo ragionevolmente breve, con la conseguenza che il credito non sopravvive alla completa esecuzione della procedura ed il corrispondente debito si estingue proprio in considerazione dell'adempimento concordatario, differentemente il primo sembrerebbe ammettere una riprogrammazione delle scadenze del debito tale da far sì che il credito stesso continui temporaneamente a sussistere anche successivamente all'esecuzione della procedura, la quale non può che consistere nella medesima ristrutturazione dei debiti, salvo poi essere soddisfatto in tutto o in parte nel rispetto delle scadenze novate.

Senonché chi scrive ritiene che la norma in esame si presti nondimeno ad una diversa lettura maggiormente rispettosa della *ratio* legislativa, dal momento che i concetti di cui sopra sembrerebbero collegati fra di loro da un nesso di consequenzialità.

Infatti, se da un lato la ristrutturazione dei debiti assume il significato o meglio la connotazione di una riprogrammazione, quanto ad entità e a scadenza, dei debiti contratti dall'imprenditore che si posiziona a monte del rapporto debitore-ceto creditorio, dall'altro l'espressione «soddisfacimento dei crediti», ponendosi a valle di quest'ultimo, individua diversamente la concreta modalità di adempimento del debito ristrutturato, il quale, come sopra precisato, può avvenire attraverso qualsiasi forma tecnica e giuridica, e quindi anche mediante la cessione di beni, l'accollo di debiti, nonché altre operazioni straordinarie.

Tuttavia, pur essendo accomunati da un legame di sequenzialità logica, alquanto differenti sono invece le origini delle diverse fattispecie in esame. Infatti, mentre il concetto di ristrutturazione dei debiti è mutuato dalla disciplina dell'Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi di cui alla c.d. legge "Prodi-bis", quello di soddisfacimento del ceto creditorio trae origine dalla procedura d'urgenza per il risanamento aziendale delle imprese di rilevanti dimensioni in stato di insolvenza, meglio nota con il termine di "Legge Marzano".

Quanto al primo dei suddetti due istituti, l'art. 27, secondo comma, lett. b), l. n. 270/1999, stabilisce che le imprese dichiarate insolventi possono essere ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria qualora presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali da attuarsi anche attraverso una ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni, il cui contenuto minimale è rimesso alla disciplina dell'art. 56, terzo comma, l. n. 270/1999. Il tutto nell'ambito di un risanamento oggettivo dell'impresa che presuppone, al pari dell'amministrazione controllata³, il risanamento soggettivo dell'imprenditore, dal momento che, ai sensi del successivo art. 70, lett. b), la procedura di insolvenza delle grandi imprese in crisi deve essere convertita in fallimento allorquando l'imprenditore medesimo non ha recuperato la capacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni⁴. Pertanto, in considerazione dell'assonanza con l'istituto della ristrutturazione dei debiti, che caratterizza la disciplina dell'Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, nella novellata procedura di concordato preventivo il concetto in esame assume il ruolo di strumento attraverso il quale è possibile addivenire a quel risanamento soggettivo dell'imprenditore, che nell'ottica del solo rapporto fra debitore e creditori, è volto a far sì che il primo ottenga dai secondi un credito tale che gli consenta di non essere più insolvente⁵, e ciò a prescindere da un'eventuale futuro dell'impresa, la quale quindi ben potrebbe continuare a generare perdite e non recuperare affatto il proprio equilibrio economico e finanziario. In altri termini, attraverso la ristrutturazione dei debiti, l'imprenditore stipula con i propri creditori un *pactum de non petendo* ovvero una moratoria che, procrastinando nel tempo l'esigibilità dei debiti, ed eventualmente riducendo anche il loro ammontare, gli consente di ripristinare il proprio equilibrio finanziario, o meglio di recuperare la capacità di adempiere regolarmente, con mezzi normali, sia alle obbligazioni pregresse, sia a quelle sorte per la continuazione dell'esercizio dell'attività d'impresa e la gestione del patrimonio durante la procedura,

³ Che pare essere orientata non tanto al risanamento dell'impresa, quanto a quello della situazione debitoria dell'imprenditore. Cfr., in argomento, L. GUGLIELMUCCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino, 2004, 374.

⁴ In senso opposto pare invece pronunciarsi L. DE ANGELIS, *Le nozioni di impresa e insolvenza nella nuova legge n. 270 del 1999*, in *Fallimento 2000*, 275, laddove, affermando che la sostituzione della figura dell'imprenditore incapace o anche solo sfortunato può essere alla base di una conservazione dell'impresa, implicitamente sembra ammettere che la procedura in esame possa essere finalizzata al risanamento oggettivo dell'impresa anche a prescindere da quello soggettivo dell'imprenditore.

⁵ Sul tema cfr. G. SCHIAVON, *Insolvenza e risanamento dell'impresa nella nuova disciplina*, in *Fallimento 2000*, 239.

cessando in tal modo di essere insolvente proprio attraverso il differimento delle esposizioni debitorie⁶.

Diversamente, nel delineare l'istituto del soddisfacimento del ceto creditorio, il legislatore della novella pare, invece, essersi ispirato alla disciplina del concordato di cui all'art. 4-bis l. n. 347/2003, meglio nota come "legge Marzano", all'interno della quale il risanamento oggettivo dell'impresa prescinde da quello soggettivo del debitore⁷, con la conseguenza che la stessa impresa sopravvive ad un eventuale insuccesso del piano di ristrutturazione, che diversamente, in ipotesi di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, condurrebbe ad una risoluzione della procedura, stante l'inadempimento del debitore alle obbligazioni sorte in conseguenza della ristrutturazione del debito. Va da sé, infatti, come il suddetto risanamento sia finalizzato, al pari di quanto sottolineato in dottrina, da un lato ad evitare la disgregazione dell'azienda e dall'altro alla conservazione della presenza attiva sul mercato dell'impresa, non tanto quale attività dell'imprenditore, quanto piuttosto quale soggetto titolare di diritti ed obbligazioni, di rapporti giuridici economici, cioè in ultima analisi come ente⁸. Tant'è che già nella Relazione di accompagnamento al d. lgs. n. 270/1999, che ha riformato la disciplina dell'Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, il riferimento al risanamento dell'impresa era volto al recupero da parte di quest'ultima delle capacità di soddisfare regolarmente anche le obbligazioni pregresse e, quindi, in definitiva, al suo ritorno alla "vita normale".

In definitiva, pertanto, nella riformata procedura concorsuale minore di concordato preventivo, accanto ad una ristrutturazione dei debiti volta al risanamento soggettivo dell'imprenditore, il legislatore della novella pone, in una sorta di duplicità d'intervento e d'intento, il soddisfacimento dei creditori quale mezzo per giungere al risanamento completo ed oggettivo dell'impresa, con la conseguenza che, al pari di quanto previsto nell'amministrazione straordinaria accelerata delle imprese di rilevanti dimensioni in stato di insolvenza di cui alla "legge Marzano", il risanamento soggettivo

⁶ Il rinvio è ancora a G. SCHIAVON, *op. cit.*, 239.

⁷ La cui distinzione fra risanamento oggettivo e soggettivo è sostanzialmente il frutto di una differente concezione dell'imprenditore che si è venuta a creare nel tempo la quale vede quest'ultimo non più solo come un debitore ma anche come il titolare di un'impresa. In quest'ultimo senso cfr. G. SCHIAVON, *op. cit.*, 238, laddove afferma che sempre maggiore attenzione è posta dal legislatore ad «una visione oggettiva, che, più che all'imprenditore, presta attenzione alla sua attività operativa», nell'ambito di un passaggio da una visione soggettiva del concorso ad una oggettiva del medesimo.

⁸ Cfr. in argomento L. DE ANGELIS, *Le nozioni di impresa e insolvenza nella nuova legge n. 270 del 1999*, cit., 273 e 275.

dell'imprenditore finisce per cedere il passo al prioritario scopo del salvataggio e della permanenza dell'impresa nel mercato, che assume un ruolo del tutto autonomo e di carattere primario, permettendo di conservare il patrimonio produttivo di quest'ultima al fine di risanarla economicamente⁹.

3. Le operazioni straordinarie di cui alla lett. a) dell'art. 160 l. fall.

In relazione alle modalità di soddisfacimento dei creditori, l'art. 160 l. fall. dispone che ciò possa avvenire attraverso qualsiasi forma, e quindi, anche mediante cessione di beni, acollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori o a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito. Mentre non vi è dubbio che quest'ultima elencazione di soluzioni adottabili, essendo preceduta dal generico rinvio a «qualsiasi forma», costituisca una mera esemplificazione delle diverse operazioni attraverso le quali è possibile dar corso alla vocazione satisfattiva del concordato preventivo, va da sé come particolare interesse suscitato, nell'ambito del tema in esame, la valutazione in ordine alla compatibilità con la novellata procedura concordataria delle operazioni societarie di trasformazione, fusione, scissione, liquidazione, aumento di capitale sociale, nonché di cessione d'azienda o di ramo della stessa.

A tal riguardo, infatti, corre l'obbligo di ricordare che con l'entrata in vigore della riforma del diritto societario è stata definitivamente legittimata la trasformazione delle società sottoposte a procedura concorsuale, ancorché, al pari di quanto precisato dall'art. 2499 c.c., la medesima possa avvenire solo allorquando la stessa non si ponga in contrasto con le finalità ovvero con lo stato della procedura a cui la società o l'ente che intende trasformarsi è

⁹ Peraltro, come osservato in relazione all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, i concetti di conservazione e di risanamento, pur essendo apparentemente differenti, finiscono in realtà per integrarsi fra di loro, dal momento che il primo costituisce lo strumento principe per il raggiungimento del secondo. Infatti, se da un lato la conservazione è volta al mantenimento inalterato del patrimonio produttivo, attraverso la continuazione dell'esercizio d'impresa durante la procedura (cfr., in tal senso, G. ALESSI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, Milano, 2000, 8), dall'altro il risanamento mira, invece, al riequilibrio economico e gestionale dell'impresa, ovvero a far riacquistare a quest'ultima, attraverso una ristrutturazione, una riconversione, una riorganizzazione, quella normale fisiologia aziendale che consente la prosecuzione dell'attività al termine della procedura. Così, relativamente all'amministrazione controllata, si veda L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 374. Al riguardo cfr., inoltre, G. ALESSI, *op. cit.*, 28, il quale, in tema di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, sottolinea come la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa sia «strumentale e giustificata» solo se posta in essere nell'ambito di un più vasto programma di risanamento, divenendo, al contrario, «cieca e dannosa», così come diventa «vuoto ed impossibile» un risanamento effettuato in assenza della suddetta continuazione dell'esercizio dell'impresa.

assoggettato. Il che ha condotto parte della dottrina a ritenere che la disposizione contenuta nel sopracitato art. 2499 c.c., dovrebbe essere interpretata nel senso di rendere possibile la trasformazione esclusivamente in presenza di procedure concorsuali contraddistinte da finalità recuperatorie dell'impresa, vale a dire mirate a rimuovere il temporaneo stato d'insolvenza, quali l'amministrazione controllata e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, e non anche con riguardo a procedure caratterizzate dai connotati liquidatori, quali il fallimento e la liquidazione coatta amministrativa, nonché, in base alla previgente disciplina, il concordato preventivo¹⁰. Alla luce di quanto sin qui affermato, pare, quindi, legittimo ritenere che la compatibilità o meno di un'eventuale operazione di trasformazione, posta in essere allo scopo di ottenere il soddisfacimento dei creditori e pertanto il risanamento oggettivo dell'impresa, finisca in realtà per dipendere dalle finalità perseguite attraverso il piano di ristrutturazione ovvero dalla fase di svolgimento nella quale si trova la procedura nel momento in cui la stessa viene posta in essere. In particolar modo, se la logica pianificatoria si prefigge, quale fine ultimo, la conservazione dell'impresa, la trasformazione societaria potrà essere ritenuta, in via generale ed astratta, del tutto ammissibile; diversamente, nell'ipotesi di un piano che miri alla cessazione dell'attività dell'impresa, una variazione delle modalità organizzative e del modello societario potrebbe trovare giustificazione solo allorquando, al pari di quanto sottolineato nella relazione di accompagnamento alla riforma del diritto societario con riferimento all'ipotesi di modificazione da società per azioni in società a responsabilità limitata, esiste un vantaggio per l'impresa sociale, misurabile in termini di una riduzione degli oneri della procedura¹¹.

Relativamente alla fusione societaria merita, invece, di essere osservato come, a decorrere dal 1° gennaio 2004, la nuova formulazione del secondo comma dell'art. 2501 c.c., ammetta, ancorché implicitamente, che alla suddetta operazione partecipino anche società sottoposte a procedura concorsuale, e ciò indipendentemente dalla finalità perseguita dal piano

¹⁰ Questa è l'opinione di L. DE ANGELIS, *La trasformazione nella riforma del diritto societario*, in *Società* 2003, 387; e in *Trasformazione, fusione e scissione: riflessi concorsuali della riforma societaria*, in *Fallimento* 2004, 354. In senso conforme si veda pure B. IANNIELLO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, 231.

¹¹ In argomento cfr. nondimeno F. CAROTTI, *Le operazioni straordinarie*, in *Corr. trib.* 2004, 2511, che osserva come la scelta del legislatore riformante ben si concili con gli obiettivi di valorizzazione e di risanamento delle imprese in crisi che caratterizzano la riforma del diritto fallimentare.

concordatario, pur conservandone il divieto per tutte quelle società poste in liquidazione che abbiano già iniziato la distribuzione dell'attivo¹².

Analogamente, poiché il novellato art. 2506, comma quattro, c.c., non riproduce il divieto contenuto nell'abrogato art. 2504-*septies*, secondo comma, c.c., le società sottoposte a procedure concorsuali possono, a decorrere dal 1° gennaio 2004, dar corso nondimeno all'operazione di scissione¹³, mentre la partecipazione a quest'ultima continua a non essere consentita alle società in liquidazione che abbiano già iniziato la distribuzione dell'attivo.

Minori sono invece le novità in tema di cessione d'azienda o di un suo ramo dal momento che ai fini della configurabilità di tale operazione nessuna rilevanza assume il fatto che la medesima avvenga nell'ambito di una procedura concorsuale. L'aspetto principe, costituito dall'esistenza di un'organizzazione di beni strumentali atti nel loro complesso e nella loro interdipendenza, all'esercizio dell'impresa, conserva pienamente la sua potenziale idoneità a realizzare un'attività d'impresa, anche in pendenza di una procedura concordataria. Inoltre, così come da un lato si reputa che sussista una cessione d'azienda anche quando le parti escludano dal trasferimento determinati beni aziendali, i quali però non facciano venire meno l'attitudine all'esercizio dell'impresa dei beni residui o quando la vendita, pur essendo frazionata nel tempo, comporti il trasferimento al cessionario dell'intera azienda o di un'unità organica e produttiva della stessa, così dall'altro non si richiede che il complesso dei beni, oggetto della

¹² Sul tema cfr. G. D'ALAURO, *Differenze di fusione e riforma del diritto societario*, in *Società* 2004, 699, secondo il quale, nel riformare l'operazione di fusione, il legislatore ha inteso semplificare e precisare in più aspetti il procedimento di fusione, al fine di rendere maggiormente agevole e rapida la concreta attuazione dell'operazione medesima; L. DE ANGELIS, *Trasformazione, fusione e scissione: riflessi concorsuali della riforma societaria*, cit., 354, che sottolinea come anche per le società sottoposte a procedure concorsuali con finalità liquidatorie, le operazioni di trasformazione, di fusione ovvero di scissione possano rappresentare un valido strumento per sottrarre alla liquidazione aziende o rami delle medesime che siano in grado di continuare a funzionare sotto la direzione di altri soggetti, con capacità di gestione economica. Inoltre, secondo il citato autore, dalla disposizione in esame si può trarre il principio secondo il quale anche dopo l'assoggettamento di una società di capitali a una procedura concorsuale, l'assemblea permane in carica per l'assunzione delle deliberazioni di propria competenza, come ad esempio quella di attuare un'operazione di fusione ovvero di scissione.

¹³ Al riguardo cfr. A. GENOVESE, *Sì alla scissione non proporzionale*, in *Italia Oggi* del 11 giugno 2003, 23, secondo la quale, così come accade per la trasformazione, anche in tale ipotesi occorre valutare la compatibilità fra la scissione e la procedura concorsuale, distinguendo sia fra partecipazione alla scissione in qualità di società che si scinde ovvero in qualità di società beneficiaria, sia fra procedure concorsuali liquidative, nel qual caso la scissione sarà concepibile solo nell'ambito di un concordato fallimentare, e procedure concorsuali non liquidative, ove la scissione della società sottoposta alla procedura sembra possibile senza alcuna limitazione.

cessione, costituisca un'organizzazione "vitale", ossia che l'esercizio d'impresa sia attuale, in quanto è sufficiente che vi sia l'attitudine potenziale all'utilizzo dei beni medesimi per un'attività d'impresa¹⁴.

Infine, sempre nell'ambito delle modalità di soddisfacimento del ceto creditorio, particolare interesse suscita la fattispecie di conversione dei crediti in capitale sociale ovvero di emissione di titoli di debito. Mentre, con riferimento a quest'ultima, non poche problematiche applicative sorgono relativamente al disposto dell'art. 2483 c.c., in forza del quale i titoli di debito possono essere sottoscritti esclusivamente da investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali, ossia da intermediari creditizi e finanziari soggetti a vigilanza in base alla normativa nazionale, con l'ulteriore conseguenza che in caso di successiva circolazione il soggetto che li trasferisce risponde dell'insolvenza della società emittente nei confronti degli acquirenti che non siano investitori professionali ovvero soci della società medesima¹⁵, in relazione, invece, alla conversione dei crediti in capitale sociale, giova ricordare che la stessa può essere attuata solo se i soci della società ammessa alla procedura di concordato preventivo rinunciano al loro diritto di opzione sulle quote ovvero sulle azioni di nuova emissione, rendendosi operativa in una tal circostanza una compensazione fra il debito per il versamento della quota di conferimento che il creditore ha nei confronti della suddetta società, ed il credito che il medesimo soggetto vanta per qualsiasi altro titolo nei confronti di quest'ultima.

Senonché, al riguardo, è doveroso sottolineare che mentre con riferimento alle società per azioni l'art. 2441, comma cinque, c.c. prevede, quando l'interesse della società lo esige, che il diritto d'opzione possa essere escluso o limitato, previa approvazione, in sede di deliberazione di aumento del capitale sociale, da parte dei soci che rappresentino oltre la metà del capitale medesimo, anche nell'ipotesi di delibera adottata in assemblea di convocazione successiva rispetto alla prima, maggiormente complessa è la

¹⁴ In argomento cfr. Cass. 25 gennaio 2002, n. 897, in *Corr. trib.* 2002, 1340, con il commento di B. IANNIELLO, *La cessione di azienda tra iva ed imposta di registro*, la quale aggiunge che è ammissibile la sussistenza di una cessione d'azienda anche nell'eventualità che le parti abbiano inteso escludere dal contratto determinati beni aziendali a condizione però che i contraenti abbiano comunque inteso trasferire «un complesso organico unitariamente considerato» e «non una semplice somma di beni»; nonché Cass. 9 luglio 1992, n. 8362, in *Rass. Avv. St.* 1992, I, 5, 364; Cass. 9 agosto 1991, n. 8678, in *Fallimento* 1992, 33.

¹⁵ In argomento cfr. A. FUSI – D. MAZZONE, *La nuova disciplina delle società a responsabilità limitata*, Milano, 2003, 98, i quali ritengono che tale previsione impedisca alla successiva circolazione dei titoli di debito di porre nel nulla «la cautela assunta con la previsione della sottoscrizione da parte di operatori qualificati»; B. IANNIELLO, *op. cit.*, 206, secondo la quale la previsione in esame impone a carico dei sottoscrittori una garanzia *ex lege* per la solvenza della società; garanzia sostanzialmente analoga a quella prevista in tema di cessione del credito.

disciplina in tema di società a responsabilità limitata. In quest'ultimo caso, infatti, l'art. 2481-*bis* c.c. non solo riconosce, in via del tutto generale ed astratta, che l'aumento di capitale sociale con rinuncia al diritto d'opzione è subordinato ad un'espressa previsione in tal senso contenuta nell'atto costitutivo, ma addirittura prevede un forzato divieto di dar corso all'aumento stesso mediante l'offerta di quote di nuova emissione a terzi in presenza di perdite di oltre un terzo del capitale che riducano quest'ultimo al di sotto del minimo legale di diecimila euro. Peraltro, vi è da ritenere che in una tale fattispecie, il disposto limitativo dell'art. 2481-*bis* c.c., quale precetto generale in tema di aumento di capitale sociale, dovrebbe soccombere alla disciplina speciale contenuta nell'art. 160 l. fall., con la conseguenza che, nell'ambito del concordato preventivo, i soci delle società a responsabilità limitata dovrebbero sempre poter rinunciare al loro diritto di opzione anche qualora l'atto costitutivo non lo preveda espressamente, ovvero anche se la società si dovesse trovare nell'ipotesi di riduzione del patrimonio netto sociale al di sotto dei due terzi della cifra capitale e contestualmente al di sotto del minimo legale.

Va da sé, tuttavia, che in una tale situazione, al fine di procedere ad una conversione dei crediti in capitale, si renderà del pari necessario assumere, da parte della società debitrice, un'apposita delibera assembleare di aumento di capitale sociale con rinuncia da parte dei soci al diritto d'opzione.

4. La ristrutturazione dei debiti ed il soddisfacimento contestuale della pluralità dei creditori

La duplice "anima" del Concordato preventivo, quale procedura concorsuale che alternativamente si caratterizza, con riferimento al presupposto oggettivo, tanto per la sussistenza di uno stato di crisi coincidente con il concetto di insolvenza di cui all'art. 5 l. fall., quanto per il riscontro di quelle pluralità di difficoltà economico e finanziarie di un'impresa, meno gravi rispetto al dissesto, che il legislatore ha racchiuso nel concetto di stato di crisi¹⁶, impone di verificare, alla luce della riforma, l'eventuale incompatibilità di talune norme del concorso con la procedura in esame, ed in particolare di quel principio di anticipata scadenza dei debiti alla data di presentazione del ricorso, che anche nella novellata disciplina, al pari

¹⁶ Che nella bozza di decreto legislativo del 18 luglio 2005, predisposta dalla Commissione governativa presieduta dall'Onorevole Giuliano, veniva individuata come quella «situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova il debitore, tale da determinare il rischio di insolvenza»; definizione che tuttavia è stata cancellata nel testo conclusivo successivamente approvato dal Consiglio dei Ministri.

di quanto avveniva nella previgente normativa, troverebbe riscontro in forza dell'espresso richiamo disposto dall'art. 169 l. fall. alle norme in tema di fallimento contenute nell'art. 55 l. fall.

A tal proposito, infatti, mentre nessun dubbio dovrebbe sorgere in ordine alla perfetta compatibilità di queste ultime disposizioni con l'istituto concordatario nell'ipotesi in cui la procedura si sia aperta sul presupposto dell'esistenza, quanto al debitore, di uno stato di insolvenza, diversamente non poche sono le problematiche che sorgono nell'ambito di una procedura concordataria che abbia quale presupposto oggettivo uno stato di crisi non coincidente con quella situazione di crisi irreversibile che si cela nel concetto di insolvenza.

Nella prima delle due fattispecie, in considerazione dell'incapienza dell'attivo realizzabile al fine di consentire l'integrale pagamento dell'intero ceto creditorio, è alquanto pacifico che la ristrutturazione dei debiti, propedeutica al soddisfacimento dei creditori, non potendo che consistere in una riprogrammazione della sola entità dei debiti, ben possa conciliarsi con quelle situazioni cosiddette di "concorso", caratterizzate dalla necessità di dar corso ad un soddisfacimento dei crediti non più in forza di un ordinario criterio temporale di adempimento cronologico delle obbligazioni che vengono a scadenza, tipico solitamente delle imprese *in bonis*, quanto piuttosto sulla base di un principio di graduazione, che, nel ripartire contestualmente tra più creditori il ricavato della liquidazione dell'attivo sulla base dell'ordine di preferenza accordato dalla legge, tiene conto delle legittime cause di prelazione che contraddistinguono i crediti stessi, nonché della natura dei medesimi.

Peraltro, va da sé che in un simile contesto la sostituzione del generale principio di adempimento delle obbligazioni in forza della loro esigibilità con quello di un soddisfacimento contestuale di una pluralità di creditori in base alla graduatoria stabilita dalla legge, rende, con riguardo alla ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 160, primo comma, lett. a), l. fall., del tutto impossibile un riscadenzamento degli stessi, assumendo per converso rilevanza primaria la natura privilegiata o chirografaria del credito. In un concorso fra creditori, infatti, la pretesa di ciascuno di questi all'adempimento, da parte del debitore, delle obbligazioni contratte si trasforma in pretesa di partecipare, insieme con gli altri creditori, alla ripartizione del ricavato ottenuto dalla vendita del patrimonio del debitore concordatario. In altri termini, con l'apertura di un concorso fra i creditori viene ad essere definitivamente superato quel rapporto fra debitore e singolo creditore per entrare in quello, assai più complesso, che vede contrapposti da un lato il suddetto debitore e dall'altro i creditori stessi, i quali si pongono in

contrasto non solo con il debitore ma anche fra di loro per l'accertamento della reciproca opponibilità delle pretese e la realizzazione dalla parità di trattamento. Aspetto quest'ultimo che si realizza non solo mediante forme di pubblicità che favoriscono la partecipazione dei creditori, ma anche attraverso l'irrelevanza dell'intervenuta scadenza del credito e della tempestività dell'intervento del creditore ogni qual volta il ritardo non dipende da causa a lui imputabile, nonché per mezzo della previsione di strumenti atti a correggere gli effetti che eventuali comportamenti lesivi della *par condicio creditorum* potrebbero avere sui creditori anteriori all'apertura del concorso¹⁷.

Peraltro, in una tal circostanza, il concordato preventivo risulta del tutto compatibile non solo con l'apertura di un concorso fra i creditori, ma anche con la disciplina degli interessi di cui all'art. 55 l. fall. Infatti, la sopra citata sostituzione del principio temporale di adempimento cronologico delle obbligazioni con quel criterio di pagamento in forza dell'ordine di preferenza accordato dalla legge, determina l'apertura di un concorso fra i creditori del tutto simile a quello previsto dall'art. 52 l. fall., pur non essendo tale disposizione espressamente richiamata dall'art. 169 l. fall., trovando gli stessi, nella fattispecie *de qua*, al pari di quanto avviene nel fallimento, soddisfacimento non integralmente ma "per contributo"¹⁸.

Diversamente, nell'ipotesi di una proposta di concordato preventivo formulata in presenza di un meno grave, rispetto all'insolvenza, stato di crisi, caratterizzata quindi dalla possibilità per il debitore di prospettare una proposta concordataria che preveda una ristrutturazione dei debiti contraddistinta da una mera riprogrammazione degli stessi in termini di scadenza¹⁹, vi è da chiedersi se sia ancora possibile affermare, come in

¹⁷ Tra i migliori contributi dottrinali sull'argomento, cfr., con riferimento al tema dell'esecuzione collettiva, L. GUALANDI, *Gli effetti per i creditori*, in E. BERTACCHINI – S. BONFATTI – G. CASAROLI – P.F. CENSONI – L. GUALANDI – E. FRASCAROLI SANTI – S. PACCHI PESUCCI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2002, 137; nonché S. BONFATTI, *Gli effetti del fallimento per i creditori*, in S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2004, 88, per il quale il concorso fallimentare implica anche «un confronto incrociato tra tutte le pretese dei creditori nei reciproci confronti», che non si esaurisce nell'accertamento del diritto soggettivo di ogni creditore ad ottenere l'adempimento individuale dell'obbligazione vantata verso il debitore fallito.

¹⁸ Al riguardo si veda R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1969, I, 796. Nello stesso senso si esprime G. RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, 173 e 174.

¹⁹ Consentendo addirittura di dar vita ad alcune situazioni al limite della ristrutturazione, qual è, ad esempio, la cessione dei beni ai propri creditori, in cui il riscadenzamento dei debiti è implicitamente connesso ai tempi della cessione, ovvero la conversione dei debiti in capitale, dove il mantenimento di un impegno scadenzato è rinvenibile esclusivamente nell'estrema postergazione che caratterizza il capitale sociale.

passato, che nel concordato preventivo viene a cadere quel principio di adempimento delle obbligazioni sulla base del criterio di “cronologicità” tipico del pagamento delle imprese *in bonis*²⁰.

In particolare, con riguardo alla fattispecie sopra delineata, la novella pone alcuni profili di incompatibilità e di contraddittorietà sia con l’apertura di un’eventuale concorso fra i creditori *ex art. 52 l. fall.*, sia con la disciplina degli interessi di cui all’art. 55 l. fall., richiamato in tema di concordato preventivo dall’art. 169 l. fall., secondo il quale i debiti devono essere considerati scaduti alla data di apertura della procedura.

Va da sé, infatti, che allorquando il concordato preventivo preveda una ristrutturazione dei debiti consistente nella mera riprogrammazione degli stessi in termini di scadenza, il pagamento delle obbligazioni non potrà che avvenire man mano che queste vengono a scadenza, in considerazione del fatto che, in assenza di un concorso fra i creditori, non è possibile ritenere esigibili debiti ristrutturati che devono ancora scadere, né attendere, per il pagamento dei debiti riscadenzati nel frattempo divenuti esigibili, l’esigibilità di quelli di prossima scadenza. In altri termini, allorquando non si apre un concorso fra i creditori, come può avvenire nell’eventualità di una proposta di concordato preventivo formulata in forza di uno stato di crisi non coincidente con una situazione di insolvenza, il pagamento delle obbligazioni non potrà che avvenire nel rispetto del piano di ristrutturazione.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte pare quindi corretto, nell’ambito della novellata procedura di concordato preventivo, distinguere tra quelle situazioni cosiddette di “concorso” che normalmente si riscontrano in coincidenza con lo stato di insolvenza e quelle che non necessariamente si aprono in corrispondenza di uno stato di crisi, dove antesignana di questa frattura è la disposizione contenuta nell’art. 56 l. n. 270/1999, la quale, pur richiamando all’art. 18 della stessa “Prodi-*bis*”, il concorso tra i creditori di cui all’art. 52 l. fall., consente, al terzo comma del medesimo art. 56, che il soddisfacimento dei creditori possa nondimeno avvenire sulla base di piani di modifica convenzionale delle scadenze dei debiti ovvero di definizione mediante concordato.

5. Il concordato con assuntore

L’attribuzione ad un assuntore delle attività dell’impresa interessata alla proposta di concordato preventivo, di cui alla lett. b) dell’art. 160 l. fall. rappresenta in realtà una ulteriore modalità di soddisfacimento del ceto

²⁰ E ciò a maggior ragione se si tiene presente che a decorrere dal 16 luglio 2006 la procedura di amministrazione controllata verrà abrogata.

creditorio che si va ad aggiungere a quell'ampia gamma di strumenti che il debitore può utilizzare nell'ambito dell'elencazione meramente esemplificativa contemplata nella lett. a) del medesimo art. 160 l. fall. Infatti, è del tutto innegabile che l'attribuzione delle attività ad un terzo mediante lo schema dell'assunzione presupponga necessariamente, pur non essendo espressamente previsto da alcuna disposizione di legge, il soddisfacimento del ceto creditorio da parte dell'assuntore stesso. E' a tutti noto, e ciò in forza soprattutto della precedente esperienza maturata in tema di concordato fallimentare, che l'istituto dell'assunzione si caratterizza per la presenza di due elementi costitutivi essenziali tra loro interdipendenti: il primo di carattere obbligatorio, dato dall'accollo da parte dell'assuntore degli obblighi concordatari, ed il secondo di tipo traslativo, consistente nella cessione delle attività imprenditoriali al suddetto soggetto. Sennonché, con l'entrata in vigore della novellata disciplina concordataria corre l'obbligo di rilevare come la figura dell'assuntore si ponga in un'ottica differente rispetto a quella che in passato contraddistingueva la medesima. Pur essendo da sempre ritenuto un affarista che si prefigge quale scopo ultimo quello di speculare sui beni del fallito, assicurando ai creditori il pagamento di una percentuale contro la cessione dei suddetti beni, l'assuntore del concordato preventivo dovrà ora essere in grado di garantire nuova linfa all'attività dell'imprenditore, potendo nondimeno costituire *ex novo* realtà giuridiche, le cui azioni diverranno lo strumento di "pagamento" dei creditori medesimi²¹. D'altra parte, la diversa configurazione del ruolo dell'assuntore non può che essere la diretta conseguenza del fatto che potranno nondimeno assumere il sopra citato "ruolo" anche i creditori dell'imprenditore, ovvero le società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le cui azioni saranno destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato. In definitiva, quindi, come precisato in dottrina, la nuova figura dell'assuntore del concordato preventivo non sarà più solamente rappresentata da imprenditori o speculatori; ben potendo ciascun creditore intervenire «fattivamente nella procedura con un "leveraggio" deciso sulle attività già facenti capo all'imprenditore in crisi», al fine di salvaguardare i propri interessi, ovvero quelli dell'intero ceto creditorio²².

Tuttavia, il tenore letterale della lett. b) dell'art. 160 l. fall. solleva non poche perplessità. Innanzitutto, occorre chiedersi se le attività che possono essere attribuite all'assuntore debbano essere tutte le attività aziendali facenti

²¹ Così R. PINCIONE, *Il concordato con assunzione*, intervento al Convegno "La riforma della legge fallimentare: il concordato preventivo e gli accordi stragiudiziali", Milano, 14 – 15 Giugno 2005, 5 e 6 del dattiloscritto.

²² Il rinvio è ancora a R. PINCIONE, *op. loc. cit.*, 7 del dattiloscritto.

capo all'imprenditore concordatario, ovvero solo alcune di esse. Ad un primo esame della novella sembrerebbe preferibile quest'ultima soluzione soprattutto se si considera che la stessa, utilizzando la dizione «attribuzione delle attività» e non anche di tutte le attività «delle imprese interessate dalla proposta di concordato», parrebbe nondimeno legittimare anche un'assunzione parziale.

Infine, un'ulteriore problematica concernente la disposizione in esame è quella connessa al grado di responsabilità dell'assuntore. A tal proposito, l'art. 160 l. fall., a differenza di quanto previsto dal novellato art. 124 l. fall. in tema di concordato fallimentare - che si ricorda stabilisce che il terzo può limitare gli impegni assunti con il concordato fallimentare ai soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, ed a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta - non precisa in alcun modo se l'assuntore possa limitare la sua responsabilità. L'assenza nel concordato preventivo di uno stato passivo e di una verifica giudiziale, o quanto meno di una cristallizzazione dei debiti alla data di apertura della procedura che passi attraverso il filtro di verifica sulla esistenza e consistenza del credito da parte degli organi della procedura, sembrerebbero giustificare la mancanza di una espressa disciplina in ordine alle limitazioni di responsabilità dell'assuntore.

In argomento, tuttavia, corre l'obbligo di segnalare come una recentissima pronuncia del Tribunale di Bologna abbia, diversamente, ritenuto del tutto ammissibile una proposta di concordato preventivo nella quale l'assuntore aveva limitato i propri impegni ai soli debiti risultanti dalle scritture contabili, ritenute nel caso di specie complete ed attendibili²³. La decisione in esame sembra quindi fornire una prima indicazione positiva circa l'ammissibilità di una "restrizione quantitativa" della responsabilità dell'assuntore; ammissibilità che, secondo il collegio bolognese, troverebbe il proprio fondamento in un'interpretazione estensiva dell'art. 124 l. fall.

Al di là di tali considerazioni, non si può fare a meno di sottolineare come le considerazioni svolte dal Tribunale di Bologna, sembrano condurre ad una conseguenza di estrema rilevanza: per i creditori estranei alla contabilità ed alle registrazioni dei fatti aziendali non opererebbe quella falcidia concordataria disposta dall'art. 184 l. fall., in forza del quale il concordato preventivo omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura indipendentemente dalla loro partecipazione alla votazione²⁴. Il che significa che tali debiti dovranno

²³ Così Trib. Bologna 25 gennaio 2006, in *Fallimento* 676 e 677.

²⁴ In relazione all'efficacia *erga omnes* della procedura di concordato preventivo si veda, in dottrina, sotto il vigore della previgente disciplina S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996,

essere pagati per intero dall'imprenditore al di fuori della procedura concorsuale.

Tuttavia, una simile deroga all'efficacia *erga omnes* del concordato preventivo pone un serio problema circa la sorte di alcune tipologie di debiti, quali ad esempio i debiti d'imposta non ancora registrati nelle scritture contabili, ma il cui presupposto d'imposta sia maturato *ante* concordato, i quali secondo l'indirizzo formatosi sotto la previgente disciplina dovrebbero rientrare nell'ambito della procedura concordataria²⁵, al pari dei debiti

511, che sottolinea, tuttavia, come i creditori conservino impregiudicati i propri diritti verso i coobbligati ed i fideiussori del debitore, nonché verso gli obbligati in via di regresso nei confronti dei quali è eventualmente applicabile il disposto contenuto negli artt. 61 e ss. l. fall; F. FERRARA JR. – A. BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, 161, per i quali il concordato preventivo è un accordo di massa, stipulato fra il debitore e la maggioranza dei creditori chirografari, che tuttavia ha effetti vincolanti per tutti gli altri creditori; U. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, 1570, che, stante l'operatività del principio della prevalenza della volontà della maggioranza anche in relazione al concordato preventivo, precisa come quest'ultimo sia vincolante anche per i creditori non "assenzienti", intendendosi con tale termine tanto quei creditori che hanno "omesso" di esprimere il proprio voto, quanto quelli che abbiano manifestato parere contrario alla proposta di concordato; R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, 2347, il quale precisa, però, che a causa della mancanza di un processo di verifica, i creditori dovranno colmare la mancanza di un titolo esecutivo, "procurandoselo con separati procedimenti avanti al giudice competente per valore (in relazione alla percentuale fissata), nel luogo ove questa è dovuta". Per la giurisprudenza cfr., invece, Cass. 15 aprile 1998, n. 3800, in *Giust. civ. mass.* 1998, 802, che precisa come un concordato preventivo omologato sia obbligatorio, in ossequio al principio della *par condicio creditorum*, per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura, ancorché questi ultimi non abbiano partecipato alla procedura stessa; Cass. 28 marzo 1973, n. 849, in *Foro it. mass.* 1973, 246; Cass. 21 giugno 1969, n. 2240, in *Foro it. mass.* 1969, 665; Cass. 12 agosto 1963, n. 2293, in *Giust. civ. mass.* 1963, 1078 e 1079; Cass. 6 luglio 1950, n. 1762, in *Foro it. mass.* 1950, 865; App. Bologna 3 giugno 1965, in *Giur. it.* 1965, I, 2, 662, per il quale il credito sorto in epoca anteriore ad un concordato preventivo deve essere ridotto alla percentuale concordataria anche se giudizialmente lo stesso è stato accertato dopo la conclusione del concordato medesimo con sentenza passata in giudicato.

²⁵ In argomento Cass. 6 settembre 1990, n. 9201, in *Foro it. mass.* 1990, 1068, ha sottolineato come i crediti dell'esattore, per imposte i cui presupposti si siano verificati prima dell'apertura di un concordato preventivo, debbano essere fatti valere nell'ambito di quest'ultima procedura concorsuale, ancorché non siano stati in tutto o in parte accertati ovvero iscritti a ruolo, in quanto il suddetto esattore «pure se munito di titolo esecutivo, soggiace [...] al divieto delle azioni esecutive individuali», di cui al combinato disposto degli artt. 188, secondo comma, e 168 l. fall., non operando la deroga prevista dall'art. 51 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602. Nello stesso senso cfr. Cass. 28 maggio 1987, n. 4779, in *Foro it. mass.* 1987, 806, che precisa, inoltre, come i crediti tributari, nascendo *ex lege* con il verificarsi dei relativi presupposti e non anche per effetto dell'atto amministrativo di accertamento, debbano essere ritenuti anteriori ad un concordato preventivo anche se non accertati in tutto o in parte ovvero iscritti nei ruoli, qualora i suddetti presupposti si siano verificati prima dell'apertura della procedura concorsuale in esame; App. Roma 17 settembre 1980, in *Fallimento* 1980, 941. *Contra* Cass. 28 marzo 1973, n. 849, cit., 246, che ritiene che il disposto contenuto nel primo comma dell'art. 184 l. fall., si applichi ai crediti condizionali o non ancora scaduti e non anche ai crediti d'imposta per i quali prima del concordato preventivo si siano solo verificati i fatti e le situazioni costituenti il presupposto dell'obbligazione

oggetto di controversie o sottoposti a condizioni sospensive²⁶, nonché i debiti che non risultano dalla contabilità, stante il mancato aggiornamento di quest'ultima nel periodo intercorrente fra la data di predisposizione del piano concordatario e l'ammissione dell'imprenditore alla procedura in esame.

6. La suddivisione in classi dei creditori ed il loro trattamento differenziato

Ispirandosi alla disciplina dell'amministrazione straordinaria delle imprese di rilevanti dimensioni in stato di insolvenza di cui alla "legge Marzano" ed in particolar modo all'art. 4-bis di quest'ultima, il legislatore della novella ha introdotto, nell'ambito di un sistema imperniato sulla tradizionale distinzione tra creditori privilegiati e creditori chirografari, la possibilità che il piano di ristrutturazione di cui all'art. 160 l. fall. possa nondimeno contemplare una suddivisione più articolata del ceto creditorio, attraverso la creazione di classi, tenendo presente la posizione giuridica e gli interessi economici omogenei dei creditori stessi, giungendo persino a prevedere trattamenti economici differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

Ritenuto strumento idoneo a consentire il raggiungimento di intese tra debitore e creditori per il successo del concordato, non vi è dubbio che l'istituto in esame finisca per mettere in crisi il principio della *par condicio creditorum*. Tuttavia, la previsione di una semplice possibilità e non anche di un obbligo da parte dell'imprenditore di addivenire ad una ulteriore classificazione rispetto alla suddivisione tra creditori privilegiati e creditori chirografari, rappresenta un importante ausilio, per di più senza precedenti nell'ambito della composizione giudiziale concordataria della crisi d'impresa delle piccole e medie imprese.

tributaria, ma che per difetto di accertamento ovvero di iscrizione nei ruoli, non siano ancora divenuti esigibili alle rispettive scadenze; Cass. 12 agosto 1963, n. 2293, cit., 1079; Trib. Grosseto 8 ottobre 1981, in *Dir. fall.* 1982, II, 153, secondo il quale è inopponibile all'Amministrazione finanziaria un concordato preventivo omologato prima che il credito d'imposta sia divenuto esigibile, sebbene i fatti che hanno dato luogo all'imposta siano anteriori alla suddetta omologazione.

²⁶ Sul tema, Cass. 26 settembre 1990, n. 9737, in *Giust. civ. mass.* 1990, 1725, dopo aver affermato che hanno diritto di partecipare all'adunanza di cui all'art. 174 l. fall., tutti i creditori chirografari le cui situazioni giuridiche trovino titolo e causa anteriori alla data del decreto di ammissione alla procedura, in quanto è sufficiente che il credito esista e non anche che lo stesso sia esigibile, sottolinea come l'obbligatorietà del concordato preventivo per i creditori, sancita dall'art. 184, primo comma, l. fall., sia del tutto indipendente dalla sussistenza di termini o condizioni, con la conseguenza che partecipano alla suddetta procedura anche i crediti condizionati e quelli gravati da un patto di preventiva esclusione di un obbligato principale per effetto del richiamo disposto dall'art. 169 l. fall. all'art. 55 l. fall.

Peraltro, nel comporre le diverse classi di creditori, al debitore non è preclusa la ricerca di trarne il massimo vantaggio possibile, anche se dovrà tenere nella dovuta considerazione che un loro numero troppo elevato, potrà in astratto aumentare il rischio che la proposta di concordato preventivo possa non essere approvata, dal momento che, in presenza di classi, il concordato è approvato se riporta, come implicitamente previsto dal primo comma dell'art. 177 l. fall., il consenso unanime di tutte le classi di creditori. Va da sé pertanto che sulla base del criterio della posizione giuridica il ceto creditorio potrà essere suddiviso tenendo presente la natura del credito ed il grado di privilegio che lo assiste, mentre il riferimento ad interessi economici omogenei consente una riclassificazione delle diverse posizioni creditorie sul fondamento della categoria di appartenenza economica dei soggetti creditori²⁷, ovvero in forza della rilevanza e dell'entità di ogni credito rispetto all'indebitamento complessivo, oppure ancora facendo riferimento ad uno o più criteri di funzionalità che, desunti dal piano di ristrutturazione, tengano conto del ruolo che i creditori possono avere nella realizzazione del medesimo²⁸.

Al di là di tali precisazioni, il tema in esame impone però di capire, e ciò soprattutto dal punto di vista operativo, se sia nondimeno possibile dar vita ad una classe formata da un solo creditore, e se i creditori privilegiati costituiscano o meno una classe. Mentre la risposta al primo dei suddetti due interrogativi pare, nel silenzio della novella, doversi ritenere positiva, non potendosi in astratto escludere la possibilità di rinvenire una classe che, sulla base della posizione giuridica e degli interessi economici omogenei, sia composta da un solo creditore, maggiori dubbi sorgono in relazione al secondo quesito. A tal proposito, se da un lato la ricostruzione logico-sistematica e razionale dell'istituto indurrebbe a ritenere che i creditori privilegiati da soddisfarsi integralmente non diano vita ad una classe, diversamente la fattispecie in esame trova una specifica disciplina, in senso diametralmente opposto a quanto appena concluso, nell'ambito della nuova disciplina del concordato fallimentare ed in particolar modo nell'ultimo comma dell'art. 129 l. fall., il quale nel prevedere che «le classi di creditori non ammessi al voto [...] sono considerate favorevoli ai soli fini del requisito della maggioranza delle classi», implicitamente ammette che anche i creditori privilegiati pagati in misura piena integrino una classe, ed in particolar modo

²⁷ Distinguendo, ad esempio, gli istituti di credito, dagli istituti previdenziali, e ancora dai fornitori, procedendo all'interno di questi ad un'ulteriore suddivisione dettagliata.

²⁸ Procedendo, a titolo esemplificativo, ad una ripartizione dei crediti in conseguenza dell'appartenenza a determinati rami d'azienda per i quali il piano di ristrutturazione prevede la dismissione oppure la prosecuzione dell'attività d'impresa.

quella classe di creditori che, rispetto alle altre, rappresenta il naturale complemento a uno dell'intero ceto creditorio.

Alla suddivisione dei creditori in classi è, infine, legata la successiva previsione di cui all'art. 160, lett. d), l. fall., consistente nella facoltà da parte del debitore concordatario di prospettare trattamenti differenziati ai creditori collocati nelle diverse classi. Diversità di trattamento che non solo potrebbero consistere in un soddisfacimento percentuale differente per le diverse classi di creditori, ma che, del pari, potrebbe essere individuato in una modalità di adempimento del debito ristrutturato che preveda per taluni creditori l'assegnazione di beni in luogo di pagamenti in denaro, oppure l'attribuzione di azioni o quote, o ancora di titoli di debito, oppure un soddisfacimento in una determinata percentuale, ma in tempi relativamente brevi, per taluni creditori e un differente pagamento in misura maggiore ma dilazionato nel tempo per altri, e via dicendo.

Nell'ambito della suddivisione del ceto creditorio in classi omogenee e con riferimento alla possibilità di riservare alle stesse un trattamento differenziato, non può certo essere tralasciato l'esame dell'istituto della postergazione dei crediti da finanziamento soci effettuati dalla compagine societaria nelle società di capitali ed in particolare nelle società a responsabilità limitata. A tal proposito, non va, infatti, dimenticato che in presenza di quelle condizioni patologiche di eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto, oppure quando la società versi in una situazione finanziaria in cui sarebbe stato ragionevole eseguire un conferimento in luogo del finanziamento stesso, l'art. 2467 c.c., ha ritenuto, in ipotesi di dissesto, di privare il socio che ha effettuato il finanziamento stesso del diritto al concorso con gli altri creditori, assoggettando a postergazione *ex lege* il relativo credito, con evidente rafforzamento della garanzia patrimoniale dell'impresa nei confronti dei creditori "ordinari" non egualmente postergati e per converso deterioramento, quanto all'entità ed ai tempi di recupero delle ragioni creditizie, della posizione del socio medesimo.

Se si parte dall'assunto che il concetto di postergazione operi esclusivamente allorquando esiste un concorso, vale a dire in sede di procedura concorsuale liquidatoria, restando estranea, invece, alle normali vicende gestorie dell'impresa *in bonis*, dal momento che l'espressione non equivale ad un divieto di rimborso del prestito durante la vita della società²⁹, è innegabile che l'istituto in esame non dovrebbe trovare applicazione in

²⁹ Sul tema ci si permette di rinviare a L. MANDRIOLI, *La disciplina dei finanziamenti soci nelle società di capitali*, in *Società* 2006, 178.

presenza di un concordato preventivo di natura meramente dilatoria, apertosi sulla base della presenza di un meno grave, rispetto all'insolvenza, stato di crisi. Come sopra evidenziato l'assenza nella fattispecie in esame, caratterizzata da una semplice ristrutturazione dei debiti, contraddistinta dalla sola riprogrammazione degli stessi in termini di scadenza, di quelle cosiddette situazioni di "concorso" che impongono di dar corso ad un soddisfacimento dei crediti non più in forza di un ordinario criterio temporale di adempimento cronologico delle obbligazioni che vengono a scadenza, quanto piuttosto sulla base di un principio di graduazione, che, nel ripartire contestualmente tra più creditori il ricavato della liquidazione dell'attivo sulla base dell'ordine di preferenza accordato dalla legge, tiene conto delle legittime cause di prelazione che contraddistinguono i crediti stessi, nonché della natura dei medesimi, impedisce alla postergazione di poter operare.

Diversamente, nessun ostacolo dovrebbe potersi frapporre, qualora il concordato abbia natura meramente liquidatoria, in merito alla prospettazione di una soluzione concordataria che tenga conto, nell'ambito della suddivisione dei creditori in classi, della previsione di un minor pagamento a favore dei creditori chirografari postergati *ex art.* 2467 c.c. rispetto agli altri creditori ugualmente chirografari, e ciò in considerazione della possibilità di dar corso a trattamenti differenziati tra i creditori appartenenti a classi diverse. La correttezza di una tale soluzione ha peraltro trovato riscontro in una recente pronuncia del Tribunale di Bologna del 25 gennaio 2006³⁰, che ha pacificamente ammesso per tale categoria di creditori postergati una loro ammissione al voto³¹, sebbene la stessa sia però stata avversata da un altro provvedimento, altrettanto recente del Tribunale di Messina del 29 dicembre 2005³², che ha, invece, affermato che i suddetti creditori non solo non possono avere alcuna interferenza rispetto alle vicende del concordato preventivo, ma devono addirittura restare postergati rispetto a qualsiasi altro creditore chirografario, in forza dell'impossibilità di dar corso ad un

³⁰ In *Fallimento* 676 e 677.

³¹ In linea con quanto affermato nel vigore della previgente disciplina laddove la giurisprudenza di merito aveva più volte sottolineato come, nel procedimento di concordato preventivo, i creditori postergati fossero ugualmente legittimati al voto, dato che la postergazione del creditore non implicava una rinuncia al credito ma solo uno spostamento di grado rispetto a tutti gli altri creditori chirografari o meglio una subordinazione all'esistenza di un residuo dopo il pagamento di questi ultimi. Cfr., al riguardo, in giurisprudenza, App. Trieste 13 maggio 1986, in *Fallimento* 1987, 398; Trib. Padova 5 maggio 1986, in *Fallimento* 1987, 73; Trib. Pordenone 18 ottobre 1984, in *Fallimento* 1985, 1057; Trib. Milano 25 maggio 1967, in *Giust. civ.* 1968, I, 143; in dottrina F. FERRARA JR. – A. BORGIOLO, *op. cit.*, 207, nota 2; A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca della legge fallimentare* a cura di F. BRICOLA – F. GALGANO – G. SANTINI, Bologna – Roma, 1979, 51.

³² In *Fallimento* 2006, 679 s.

pagamento anche solo in percentuale di questi ultimi in presenza di un pagamento non integrale dei creditori chirografari antergrati³³.

7. La documentazione da allegare al ricorso

In aggiunta al piano di ristrutturazione, la novella prevede che il ricorso per l'ammissione alla procedura di Concordato preventivo debba contenere una serie di documenti di natura giuridico-contabile finalizzati a fornire una corretta radiografia in ordine alla reale situazione dell'impresa, dovendo gli stessi rispettare i principi di completezza e di veridicità dell'informazione³⁴, ancorché si tratti di un "fermo immagine" che ovviamente preclude qualsiasi contributo prospettico in relazione al risanamento aziendale³⁵.

In particolar modo, giusto il disposto del novellato art. 161 l. fall., l'imprenditore è tenuto ad allegare al ricorso di concordato preventivo:

a) un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;

b) uno stato analitico ed estimativo delle attività, nonché l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;

c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;

d) il valore dei beni ed i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

Pertanto, con riguardo all'informativa di cui alla lettera a) dell'art. 161, secondo comma, l. fall., pur nel silenzio della novella, vi è da ritenere che il debitore sia tenuto a depositare, unitamente alla relazione, un bilancio straordinario, essendo la conoscenza dei dati contabili, e non anche la storia in ordine al dissesto, l'aspetto principe che concorre a determinare la formazione di un "consenso informato" per il ceto creditorio³⁶.

Il debitore dovrà pertanto predisporre un vero e proprio bilancio, composto da una situazione patrimoniale ed economica redatta con

³³ Per un confronto fra le due diverse pronunce si veda anche M. FERRO, *Soci finanziatori, giudici spaccati*, in *Italia Oggi* del 16 febbraio 2006, 38.

³⁴ Così U. DE CRESCIENZO – L. PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, 28.

³⁵ Cfr. V. MISINO, *La relazione prevista dal secondo comma del novellato art. 161 della legge fallimentare nell'ipotesi di un piano di risanamento aziendale – Considerazioni conclusive*, in www.fallimentonline.it 2005, II, 4.

³⁶ Tale orientamento è sostenuto da S. PACCHI, *La domanda di ammissione alla procedura*, in S. PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, 107.

riferimento ad una data immediatamente antecedente al deposito del ricorso, il quale dovrà essere nondimeno accompagnato da una relazione, riconducibile a quella sulla gestione, redatta, quindi, nel rispetto dei principi previsti dalla normativa civilistica ed integrata con le informazioni di natura finanziaria relative al rapporto tra indebitamento e patrimonio proprio dell'impresa³⁷.

Quanto al suo contenuto, la situazione patrimoniale, economica e finanziaria non potrà che essere analiticamente esposta e, mentre in relazione al profilo passivo tutti i «debiti dovranno essere esaustivamente considerati e correttamente qualificati», sul versante delle attività queste necessiteranno non solo di una chiara rappresentazione, ma anche di una corretta valutazione³⁸.

Sempre con riguardo alla relazione di cui alla lett. a), è stato nondimeno rilevato come la medesima debba comunque contenere, pur non essendo più richiesto dalla legge, una descrizione delle cause della crisi, in quanto l'indicazione di queste ultime consente al ceto creditorio sia di comprendere come si è giunti alla situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società al momento della presentazione della domanda di Concordato preventivo, sia di vagliare al meglio la proposta formulata dall'imprenditore, soprattutto nell'ipotesi in cui la stessa preveda la sistemazione delle passività aziendali attraverso meccanismi di tipo finanziario, quali l'attribuzione ai creditori, di azioni, quote o obbligazioni anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito³⁹.

Del pari non va dimenticato che è solo attraverso l'analisi dei fattori esterni ed interni che hanno condotto l'impresa alla crisi o peggio ancora al collasso finanziario che si possono individuare le possibili aree d'intervento, le modalità di quest'ultimo nonché eventuali priorità operative nella rimozione delle cause all'origine delle difficoltà aziendali⁴⁰.

L'art. 161, secondo comma, lett. b), 1. fall., nel riprodurre la duplice informativa che caratterizzava la previgente disciplina, impone, diversamente da quanto avveniva in passato, di specificare, nell'ambito dell'elenco nominativo dei creditori, l'importo dei rispettivi crediti e le eventuali cause

³⁷ Il rinvio è ancora a P.G. DEMARCHI, *Articolo 161 – Domanda di concordato*, in S. AMBROSINI – P.G. DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, 57 e 58.

³⁸ Così si esprime Trib. Pescara 30 settembre 2005, in www.Tribunaledimonza.net.

³⁹ Cfr. U. DE CRESCIENZO - L. PANZANI, *op. cit.*, 28 e 29.

⁴⁰ In tal senso si veda L. MANDRIOLI, *La disciplina dell'azione revocatoria nelle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa*, in AA.VV., *La disciplina dell'azione revocatoria*, diretto da S. BONFATTI, Milano, 2005, 155.

di prelazione. Tuttavia, mentre quest'ultimo documento si prefigge l'obiettivo di fornire una prima idea in ordine alla consistenza ed alla composizione del ceto creditorio, attraverso lo stato analitico ed estimativo delle attività di cui alla lett. b) dell'art. 161, è, invece, possibile dar corso ad una iniziale, ancorché approssimativa, quantificazione dell'attivo concordatario.

Peraltro, in relazione a quest'ultimo aspetto, deve ritenersi superato⁴¹ quell'orientamento dottrinale formatosi sotto il vigore della previgente disciplina in forza del quale alla documentazione in esame veniva assegnato un ruolo di prima sommaria valutazione ai fini della convenienza economica della proposta concordataria, con la conseguenza che la stessa doveva essere predisposta tenendo in considerazione i valori di liquidazione dei beni in essa ricompresi⁴², potendo la medesima recepire oggi valutazioni basate anche su criteri di *going concern*, normalmente applicabili alle aziende in funzionamento caratterizzate da una prospettiva di continuazione dell'attività d'impresa, sebbene secondo taluni⁴³ lo stato analitico ed estimativo delle attività continui ad essere espressione delle effettive possibilità di realizzo dell'impresa, ma pur sempre in un'ottica liquidatoria.

Va da sé peraltro come la predisposizione accurata e completa della suddetta documentazione finisca per essere un importante punto di riferimento per il Commissario giudiziale e per la sua attività gestoria⁴⁴, né la funzione informativa in esame può essere sostituita dalla presentazione, in allegato al ricorso, del bilancio d'esercizio redatto a norma degli artt. 2423 e ss. c.c., essendo quest'ultimo un documento contabile riepilogativo della gestione d'impresa privo di quella necessaria analiticità che quanto alle attività ed ai beni strumentali è richiesta dalla disposizione in esame⁴⁵.

Il quadro relativo al ceto creditorio viene infine ad essere completato con il disposto dell'art. 161, secondo comma, lett. c), l. fall., che impone al debitore di predisporre non solo l'elenco dei titolari di diritti reali o personali su beni di proprietà del debitore, ma anche, con una previsione normativa di non immediata comprensibilità quanto alla sua utilità, di quelli su beni in possesso del debitore. L'indicazione di cui all'art. 161, secondo comma, lett. d), l. fall., con riguardo agli eventuali soci illimitatamente responsabili, del valore dei beni e dei creditori particolari di questi ultimi, è, ovviamente,

⁴¹ Si veda S. PACCHI, *op. cit.*, 106.

⁴² Indirizzo sostenuto da S. FORTUNATO, *Contabilità e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.* 1998, I, 533.

⁴³ Così P.G. DEMARCHI, *op. cit.*, 58.

⁴⁴ In senso conforme cfr. P.G. DEMARCHI, *op. cit.*, 58.

⁴⁵ In tal modo si è pronunciato Trib. Pescara 23 marzo 2005, in *Fallimento* 2006, 705.

obbligatoria esclusivamente nell'ipotesi di presentazione del ricorso da parte di una società di persone con soci illimitatamente responsabili.

Peraltro, nonostante il dettato letterale della novella si esprima con la generica locuzione “valore dei beni”, va da sé che non potrà che trattarsi di una vera e propria stima⁴⁶, la quale trova la propria ragion d'essere nella necessità di dar corso alla formazione di un quadro esaustivo e completo che consenta ai creditori stessi di esprimere, in sede di votazione, il loro consenso ovvero dissenso alla proposta concordataria, tenendo per di più in considerazione, nell'ipotesi alternativa di fallimento, il maggior attivo acquisibile alla procedura costituito dal patrimonio dei soci illimitatamente responsabili a cui si estende *ex art. 147 l. fall.* la declaratoria di fallimento e, del pari, l'incremento delle passività inerenti ai creditori particolari del socio che hanno diritto di partecipare al concorso⁴⁷.

Secondo l'indirizzo giurisprudenziale e dottrinale prevalente⁴⁸, l'ammissione al concordato preventivo di una società di persone non comporta, infatti, l'assoggettamento automatico alla procedura del patrimonio dei soci illimitatamente responsabili, essendo peraltro l'esdebitazione prevista per le sole obbligazioni sociali e potendo tra l'altro i creditori particolari del socio illimitatamente responsabile iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio di quest'ultimo.

Allo stesso modo il documento in esame assume un ruolo determinante nell'ambito dell'istituto del *cram down* di cui all'art. 180 l. fall., che consente al Tribunale, nonostante il dissenso di una o più classi di creditori, di approvare il concordato, qualora la maggioranza di queste ultime abbia approvato la proposta di concordato e qualora il Tribunale stesso ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato medesimo in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili tra cui il fallimento⁴⁹.

8. La relazione del professionista nel concordato preventivo

Il novellato art. 161 l. fall. prevede che la relazione da presentare al tribunale, unitamente al ricorso di ammissione alla procedura di concordato preventivo, sia predisposta da un terzo, qualificato dal legislatore quale

⁴⁶ Così S. PACCHI, *op. cit.*, 106.

⁴⁷ Si veda P.G. DEMARCHI, *op. cit.*, 60.

⁴⁸ Cfr., per tutti, G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2002, 400.

⁴⁹ In tal senso P.G. DEMARCHI, *op. cit.*, 60.

«professionista di cui all'art. 28 l. fall.», scelto quindi fra i soggetti che possono ricoprire il ruolo di curatore fallimentare⁵⁰.

Con riferimento invece al contenuto della relazione di cui al terzo comma dell'art. 161 l. fall., merita innanzitutto di essere osservato come la stessa non possa in alcun modo limitarsi ad una semplice illustrazione, anche se in forma organica e coerente, del piano presentato dal debitore, dal momento che il documento in esame, avendo lo scopo di conferire serietà ed attendibilità al contenuto del suddetto piano concordatario, non può limitarsi ad una esposizione sintetica di quest'ultimo, dovendo, al contrario, contenere un *quid pluris*, rappresentato per l'appunto dall'attestazione della veridicità dei dati aziendali e dal giudizio in ordine alla fattibilità del piano medesimo⁵¹. Una simile affermazione trova nondimeno sostegno in una recentissima pronuncia del tribunale di Pescara, che, muovendo dal convincimento che «relazioni generiche, approssimative, immotivate o meramente ripetitive delle previsioni del piano proposto dal debitore, senza alcuna valutazione critica e ragionata dello stesso, non possano superare il vaglio di completezza e regolarità rimesso al tribunale», ha dichiarato inammissibile una proposta di concordato preventivo in cui la relazione del professionista era «incompleta ed irregolare», nonché «inidonea a fornire adeguato supporto motivazionale alle attestazioni di veridicità dei dati e di fattibilità del piano»⁵².

In definitiva, quindi, l'esperto non potrà prescindere da una necessaria *due diligence*, volta all'attestazione da un lato della veridicità degli elementi contabili ed extracontabili che caratterizzano il piano di ristrutturazione e dall'altro della fattibilità del piano stesso contenuto nella proposta di concordato preventivo formulata dall'imprenditore. In altre parole, mentre il piano deve illustrare in modo sintetico, attraverso l'utilizzo dei numeri, gli interventi a medio e lungo termine che l'imprenditore intende attuare sulla

⁵⁰ Al riguardo è peraltro verosimile ritenere che il legislatore, nel richiamare quest'ultima disposizione di legge, abbia inteso riferirsi non tanto alla norma contenuta nell'attuale art. 28 l. fall., quanto piuttosto a quella del cosiddetto maxiemendamento, mai entrato in vigore a causa del suo mancato recepimento nel dl n. 35/05, ma confluito con modificazioni nella stesura definitiva dello schema di decreto legislativo recante la «Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267», recentemente pubblicato in Gazzetta Ufficiale, laddove si precisa che possono essere chiamati a svolgere la funzione di curatore fallimentare gli avvocati, i dottori commercialisti, i ragionieri, gli studi professionali associati o le società tra professionisti e coloro che abbiano esercitato funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali.

⁵¹ Cfr. U. DE CRESCIENZO - L. PANZANI, *op. cit.*, 30 e 31. In modo conforme si veda in dottrina L. ZOCCA, *Le relazioni attestative del professionista introdotte dal dl 35/2005 con particolare riferimento alla procedura di Concordato preventivo*, 5 e 6 del dattiloscritto.

⁵² Provvedimento del 20 ottobre 2005, in *Fallimento* 2006, 56 s.

struttura economico-finanziaria della società, la relazione del professionista deve rappresentare mediante una illustrazione tecnica le scelte operate dall'imprenditore medesimo, esprimendo al tempo stesso un giudizio in ordine alla loro validità.

9. L'attestazione di veridicità dei dati aziendali

Così come congeniata dalla novella, l'asseverazione sulla veridicità dei dati aziendali rappresenta, senza ombra di dubbio, una condizione prodromica e strumentale alla formulazione del giudizio in merito alla fattibilità del piano, il quale, essendo un programma di sviluppo, deve fondarsi su dati veritieri che siano il più possibile affidabili e adeguati.

In particolare, al fine di attestare la veridicità dei dati aziendali, il professionista dovrà procedere ad un'analisi della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, consistente nella verifica della corrispondenza dei dati contenuti nel piano e nella documentazione di cui alle lettere a), b), c) e d) del secondo comma dell'art. 161 l. fall. alle risultanze delle scritture contabili, fornendo al tempo stesso una corretta rappresentazione da un lato della situazione finanziaria, patrimoniale ed economica del debitore e dall'altro degli elementi utilizzati per la predisposizione del piano di ristrutturazione.

A tale proposito, pur nel silenzio della novella che non specifica in alcun modo che cosa significhi «attestare la veridicità», parte della dottrina ha affermato che l'asseverazione è un concetto alquanto simile alla certificazione, con la conseguenza che si potrebbe persino giungere a supporre che il compito a cui è chiamato l'esperto consista non tanto nell'esprimere in forma «organica e coerente il piano previsto dal debitore», quanto piuttosto nel condividerne le scelte, dopo aver effettuato l'analisi di tutta la documentazione messa a disposizione dal debitore medesimo⁵³.

Peraltro, sempre in relazione all'attestazione di veridicità dei dati aziendali, occorre altresì identificare quali siano i confini all'interno dei quali la stessa debba estendersi. In particolar modo, occorre chiedersi se il professionista debba limitarsi all'analisi di tutti i dati contabili forniti dall'imprenditore ovvero solo alla verifica di quelli rilevanti ai fini dell'attuabilità del piano. Al riguardo è doveroso sottolineare come parte della dottrina sia giunta ad affermare che non tutti i dati raccolti dall'imprenditore devono essere oggetto «del necessario visto di autenticità

⁵³ Si veda, in tal senso, E. FAZZINI, *Il ruolo del dottore commercialista*, intervento al Convegno «Crisi d'impresa e riforma delle procedure concorsuali», Roma, 5 maggio 2005, 46 del dattiloscritto.

da parte del professionista», ma solo ed esclusivamente quelli sui cui il piano si fonda⁵⁴. Infatti, secondo l'orientamento in esame l'estensione del perimetro dei dati aziendali oggetto di attestazione di veridicità non solo non troverebbe alcun fondamento nelle disposizioni di legge, ma si tradurrebbe altresì in «una non applicabilità pratica del disposto normativo»⁵⁵. Così, per esempio, nel caso in cui il piano abbia finalità prevalentemente liquidatorie, la relazione del professionista dovrà necessariamente appurare, tra l'altro, l'appartenenza all'impresa dei beni immobili e degli altri cespiti e la libera disponibilità degli stessi, la titolarità in capo alla medesima dei crediti commerciali, finanziari e tributari, compresi nel piano, l'esistenza fisica delle giacenze di magazzino, nonché l'appartenenza e la legittimità in capo al debitore delle altre generiche componenti attive destinate al soddisfacimento del ceto creditorio⁵⁶⁷.

Peraltro, in argomento, non è mancato chi diversamente ha ritenuto che l'asseverazione sulla veridicità dei dati non debba limitarsi ad una mera dichiarazione da parte del professionista in ordine alla corrispondenza fra gli elementi utilizzati per la predisposizione del piano e quelli desumibili dalla contabilità generale e aziendale, dovendosi, invece, estendere fino a ricomprendere un'espressa pronuncia del professionista sul principio di verità di cui all'art. 2423 c.c. dettato dal legislatore in tema di redazione del bilancio d'esercizio, ancorché ciò non significhi promettere ai destinatari della relazione stessa una verità oggettiva, impossibile da raggiungere in presenza di stime e congetture che da sempre caratterizzano il suddetto documento riepilogativo della gestione aziendale⁵⁷.

Pertanto, in conclusione, il professionista dovrà asseverare non solo la veridicità dei dati contabili contenuti nel piano ma anche, a parere di chi scrive, di tutti quegli elementi necessari per la predisposizione dello stesso e degli eventuali documenti in esso contenuti di natura non meramente contabile.

Per di più stante il tenore letterale del terzo comma dell'art. 161 che impone alla relazione di accompagnare il piano e la documentazione di cui ai commi precedenti del medesimo articolo, il giudizio di veridicità dei dati

⁵⁴ Così V. MISINO, *La relazione prevista dal secondo comma del novellato art. 161 della legge fallimentare - Iniziali riflessioni*, in www.fallimentonline.it. 2005, I, 7.

⁵⁵ Cfr. V. MISINO, *op. ult. cit.*, 7, per il quale, per esempio, è impensabile che il professionista incaricato della predisposizione di un piano attesti la veridicità dei dati relativi all'inquadramento contrattuale dei singoli lavoratori alle dipendenze dell'impresa in crisi.

⁵⁶ Al riguardo si rinvia a V. MISINO, *op. ult. cit.*, 7 e 8.

⁵⁷ Cfr. G. LA CROCE, *La domanda di concordato preventivo e la relazione del professionista*, intervento al Convegno «La riforma della legge fallimentare: il nuovo concordato preventivo e gli accordi stragiudiziali», Milano, 14-15 giugno 2005, 11 del dattiloscritto.

aziendali non può che estendersi anche alla aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale economica e finanziaria dell'impresa, allo stato analitico ed estimativo

delle attività, all'elenco nominativo dei creditori, all'elenco dei titolari dei diritti reali o personali di proprietà o in possesso del debitore, al valore dei beni e all'elenco dei creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili di cui alle lettere a), b), c), e d) del secondo comma dell'art. 161 l. fall., essendo questi documenti fondamentali per il successivo riscontro della fattibilità del piano.

Senonché, nell'attestare la veridicità dei dati aziendali contenuti nel piano e nella documentazione allegata alla domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, non va dimenticato che il professionista si limita a fornire esclusivamente una ragionevole sicurezza, ovvero un ragionevole convincimento che i documenti in esame siano, nel loro complesso, esenti da significativi errori o frodi. Conseguentemente è inevitabile che nella predisposizione del suddetto documento l'estensore corra il rischio inevitabile che alcuni errori significativi contenuti nel piano ovvero nella documentazione di cui sopra, possano non essere individuati nonostante il lavoro sia stato pianificato ed eseguito diligentemente. In altri termini, il professionista stesso nello svolgimento dei propri accertamenti, pur dotandosi di elementi giustificativi, sufficienti, quanto alla loro quantità, e affidabili o adeguati, quanto alla loro qualità, attinge comunque sempre a elementi probativi di natura persuasiva, e non anche ad elementi di matrice conclusiva.

10. L'attestazione di fattibilità del piano

Dopo aver appurato la veridicità dei dati aziendali, il professionista incaricato dal debitore di redigere la relazione è chiamato a pronunciarsi in merito alla fattibilità del piano volta all'accertamento della corretta valutazione, in un'ottica prospettica, dei dati aziendali contenuti nel medesimo e nello stato estimativo delle attività di cui alla lett. b) del secondo comma dell'art. 161 l. fall. A tale scopo l'estensore del documento in esame dovrà dapprima approfondire le cause che hanno scatenato la crisi aziendale e, solo in un secondo momento, analizzare le strategie di risanamento, le eventuali operazioni straordinarie da intraprendere, i principi fondamentali che hanno guidato la formazione del business plan ed in particolare dei budget economici futuri e dei flussi prospettici di cassa, gli eventuali sviluppi inattesi, i probabili errori di valutazione, nonché i ritardi nell'attuazione e nell'esecuzione del programma di ristrutturazione.

In particolar modo il professionista dovrà accertare che all'interno della suddetta documentazione la valutazione e la relativa contabilizzazione delle attività e delle passività, ovvero la misurazione di un'operazione o di un evento sia avvenuta in modo adeguato e appropriato rispetto alle finalità che il piano concordatario si prefigge. Così, a titolo meramente esemplificativo, all'estensore della relazione verrà richiesto di individuare il presunto valore di mercato o di realizzo da attribuire alle immobilizzazioni materiali ed immateriali, anche mediante il ricorso ad una perizia estimativa giurata, di accertare il ragionevole valore di realizzo attribuito alle giacenze di magazzino esistenti presso la società ovvero presso terzi, nonché controllare la genuinità, la veridicità e la serietà di eventuali proposte irrevocabili d'acquisto di cespiti aziendali. Peraltro, al riguardo occorre rilevare come parte della giurisprudenza di merito abbia precisato che il professionista non deve limitarsi ad un giudizio di apparente correttezza della perizia di stima del bene immobile da alienare, ma debba andare oltre, prendendo in considerazione l'effettiva liquidabilità del medesimo, «in rapporto alle condizioni del mercato immobiliare locale ed alle caratteristiche del bene stesso», i tempi presumibilmente necessari per addivenire alla cessione di quest'ultimo, ed in tale prospettiva, anche gli effetti che la suddetta tempistica avrebbe sull'entità complessiva dei crediti da soddisfare, verificando la compatibilità dei medesimi «con il contenimento

del fabbisogno concordatario, accresciuto degli interessi maturandi sui crediti privilegiati, nei limiti del valore ragionevolmente realizzabile»⁵⁸.

Del pari chi scrive ritiene che all'interno della relazione tutte le incertezze debbano essere chiaramente espresse, in modo tale che i destinatari e gli utilizzatori finali del documento possano comprenderne e valutarne i rischi correlati e quindi affrontare responsabilmente le proprie scelte. Si forma così un giudizio complessivo in termini di certificazione che non si limita alle sole dinamiche passate o meglio alla conduzione storica dell'azienda ed ai risultati rilevati sino alla data di presentazione del concordato, ma si estende alla gestione prospettica dell'impresa, vale a dire alla fattibilità del piano e quindi alla concreta prospettiva di attuabilità⁵⁹.

11. La responsabilità del professionista

Strettamente correlato alla relazione di cui all'art. 161, terzo comma, 1. fall. è il tema della responsabilità del professionista, il cui tipo, grado e contenuto non sono definiti da alcuna specifica disposizione della novella.

⁵⁸ Così Trib. Pescara 20 ottobre 2005, cit.

⁵⁹ In tal senso si esprime E. FAZZINI, *op. cit.*, 47 del dattiloscritto.

Tuttavia è innegabile che tanto il tacere irregolarità ovvero falsità scoperte durante la redazione della propria relazione, quanto l'attestare dati non veritieri e corretti, rappresentino per il professionista una sicura fonte di responsabilità, che, come rilevato da alcuni fra i primi commentatori della riforma, opera contemporaneamente a favore del ceto creditorio su diversi piani⁶⁰.

Il primo è costituito dalla responsabilità di tipo extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. nei confronti di ogni singolo creditore che abbia subito un danno a seguito dell'esecuzione di un piano, che sia stato sì votato favorevolmente dal creditore stesso, ma sulla base di una relazione del professionista contenente dichiarazioni infedeli⁶¹. In una tale circostanza la quantificazione del sopra citato danno, pur non essendo così immediata come potrebbe apparire a prima vista, in quanto la medesima si differenzia per ogni singolo creditore, trova il proprio punto di riferimento da un lato nell'aspettativa del creditore stesso per così dire «tradita» proprio dall'ingannevole relazione del professionista, e dall'altro da ciò che quest'ultimo avrebbe potuto in concreto conseguire se il piano contenuto nella domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo non fosse stato approvato a fronte di una relazione dai connotati differenti⁶².

Inoltre, in caso di successivo fallimento, vi è da chiedersi se possa ravvisarsi una qualche forma di responsabilità del professionista anche nei confronti della massa dei creditori, e quindi, conseguentemente, se il curatore della procedura possa o meno agire nei confronti del suddetto professionista per il risarcimento del danno da quest'ultimo provocato. A tale riguardo non è mancato chi in dottrina ha sottolineato come la risposta ad un simile quesito non possa prescindere dalla considerazione che, secondo l'orientamento prevalente, il curatore del fallimento può esercitare solo ed esclusivamente le azioni concernenti i danni arrecati alla società ovvero alla massa dei creditori e non anche quelle spettanti ad ogni singolo creditore⁶³.

Pertanto, solo nell'ipotesi in cui il suddetto curatore sia in grado di dimostrare un nesso di causalità fra le carenze, ovvero le falsità contenute nella relazione del professionista, e le perdite subite a seguito dell'esecuzione

⁶⁰ Sul tema si veda U. DE CRESCIENZO - L. PANZANI, *op. cit.*, 32.

⁶¹ Al riguardo cfr. U. DE CRESCIENZO - L. PANZANI, *op. cit.*, 32; P. G. Demarchi, *La relazione del professionista di cui all'art. 28*, in S. Ambrosini e P. G. Demarchi, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 2005, 45.

⁶² Si veda U. DE CRESCIENZO - L. PANZANI, *op. cit.*, 32.

⁶³ Cfr. G. LA CROCE, *op. cit.*, 10 del dattiloscritto.

del piano, «si potrà parlare di danno arrecato alla società e, quindi, di legittimazione attiva del curatore nella successiva azione risarcitoria»⁶⁴.

Tuttavia, a ben vedere il rischio di responsabilità per il professionista si pone non solo sul versante del ceto creditorio, ma anche nei confronti dell'imprenditore che potrebbe addurre di essere stato danneggiato tanto dall'erronea attestazione negativa in termini di fattibilità di un piano astrattamente fattibile, quanto dalla non corretta asseverazione di attuabilità di un piano successivamente «naufragato», stante la sua irrealizzabilità *ab origine*. In una tal circostanza permane, tuttavia, il dubbio tra il profilarsi di una responsabilità aquiliana ovvero, come pare preferibile a chi scrive, contrattuale in forza del mandato professionale a suo tempo conferito.

⁶⁴ Così G. LA CROCE, *op. cit.*, 10 del dattiloscritto.