

n. 21/2017

Roma, novembre 2017

ISTANZA DI FALLIMENTO ALTERNATIVA ALLA RISOLUZIONE DEL C.P.

La Giurisprudenza indica la nuova via.

Premessa.

Rimedio ultimo che la legge mette a disposizione dell'imprenditore in stato di crisi per evitare la dichiarazione di fallimento è la previsione di un accordo destinato a condurre ad una soddisfazione anche parziale delle ragioni creditorie. Occorre tuttavia analizzare cosa accada qualora gli impegni assunti in sede di concordato non vengano rispettati.

*

1. L'istituto del concordato preventivo e la sua natura giuridica.

Il concordato preventivo, di cui agli artt. 160 - 186-bis L.F., è stato completamente ridisegnato con l'emanazione del d.l. 14 marzo 2005 n. 35, conv. in legge 14 maggio 2005 n. 80 e con i successivi interventi portati dal d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5, dal d.lgs. 12 settembre 2007 n. 169, dal d.l. 22 giugno 2012 n. 83, conv. in legge 7 agosto 2012 n. 134 e dal d.l. 27 giugno 2015 n. 83, conv. in legge 6 agosto 15 n. 132.

Lo strumento concordatario si struttura come un accordo tra debitore e creditori e si perfeziona all'interno di una procedura dinanzi al Tribunale, in cui l'iniziativa dell'imprenditore riveste il contenuto di una domanda giudiziale destinata ad ottenere l'omologazione della proposta

approvata dalla maggioranza dei creditori.

Il concordato preventivo costituisce, quindi, una fattispecie complessa, al cui perfezionamento concorrono elementi di natura negoziale ed elementi di natura processuale, costituiti i primi dalla proposta del debitore, dal concorso di volontà delle persone che intervengono come garanti e dall'approvazione dei creditori ed i secondi dalle attività di controllo e di valutazione demandate agli Organi della procedura.

La peculiarità di un tale iter ha fatto sorgere un lungo dibattito circa la natura giuridica del concordato, con notevoli ripercussioni anche sul ruolo che deve svolgere il Giudice.

Infatti, ove venga dato risalto alla componente privatistica, al Tribunale sarebbe precluso sia il controllo di merito sulla proposta, sia la valutazione circa la realizzabilità, dovendosi piuttosto limitare a un controllo di veridicità dei dati e di correttezza delle forme e dei criteri utilizzati per l'elaborazione del piano (Cass. 23.06.2011, n. 13818 e più di recente Cass. 27.02.2017, n. 4915).

In altre occasioni, invece, si è affermato che il controllo del Tribunale sulla

proposta non dovrebbe riguardare solo il rispetto formale dei requisiti e la veridicità dei dati, ma anche la legittimità sostanziale della proposta stessa. Infatti, il concordato preventivo, pur non potendo prescindere dall'accordo tra le parti, non è comunque riconducibile «*sic et simpliciter nell'alveo di formazione di un ordinario contratto di diritto privato*», coinvolgendo interessi più ampi, di natura pubblicistica che permarrebbero anche nella fase del voto con l'eventuale approvazione della proposta da parte della maggioranza.

Secondo tale orientamento, tra l'altro, il sindacato del Giudice si tradurrebbe in un duplice controllo, formale e sostanziale, sulla ragionevole previsione di realizzabilità del piano (Cass. 5.09.2011, n. 18864).

Sul tema sono intervenute dunque le Sezioni Unite, affermando la natura mista del concordato, con rimessione ai creditori della valutazione in ordine alla convenienza economica della proposta e controllo del Tribunale in merito al corretto andamento della procedura¹.

¹ Affermano le Sezioni Unite che "la procedura di concordato preventivo ha una natura mista, essendo da una parte basata su una previsione di accordo fra le parti, raggiungibile attraverso la prospettazione di una proposta, ma trovando attuazione il detto accordo nell'ambito di una procedura che valga ad assicurare la puntuale indicazione dei dati da parte del debitore, la corretta manifestazione di volontà da parte dei creditori, l'assenza di atti di frode o comunque illecitamente posti in essere dall'imprenditore. In questo quadro è evidentemente rimessa ai creditori la valutazione in ordine alla convenienza economica della proposta, mentre spetta al tribunale il compito di controllare la corretta proposizione ed il regolare andamento della procedura, presupposto indispensabile al fine della

*

2. I requisiti per la risoluzione del concordato preventivo.

Venendo all'analisi dei requisiti richiesti per la risoluzione del C.P., l'art. 186 L.F., fa espresso richiamo a quanto stabilito dagli artt. 137 e 138 L.F., in quanto compatibili, relativi al concordato fallimentare. Secondo la citata normativa, ciascun creditore può richiedere la risoluzione del C.P. se:

i. il proponente non adempie regolarmente gli obblighi derivanti dal concordato oppure vengono meno le garanzie costituite a sostegno dell'adempimento (cfr. art. 137 L.F.);

ii. l'inadempimento non ha scarsa importanza (cfr. art. 186, comma 2, L.F.);

iii. non sia trascorso un anno dalla scadenza dal termine fissato per l'ultimo adempimento previsto in concordato (cfr. art. 186, comma 3, L.F.)².

*

3. L'inadempimento e il controllo del Giudice sul piano concordatario.

Con riferimento al concetto di inadempimento rilevante ai fini della

garanzia della corretta formazione del consenso" (Cass., SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521).

² "Con riferimento al dies a quo per la decorrenza del termine annuale, si potrebbe porre un problema nell'eventualità in cui non sia stata fissata nel concordato la data di scadenza dell'ultimo pagamento. In tal caso il termine annuale «decorre dall'esaurimento delle operazioni di liquidazione, che si compiono non soltanto con la vendita dei beni all'imprenditore, nonché con la predisposizione e comunicazione del piano di riparto, ma anche con gli effettivi pagamenti compresi quelli conseguenti ad eventuali sopravvenienze attive»" (Cass. 20.12.2011, n. 27666).

risoluzione del concordato, è evidente che il legislatore ha esteso al Concordato i principi generali dell'ordinamento in materia di obbligazioni contrattuali (art. 1455 c.c.) prevedendo, in particolare, che non ogni inadempimento sia causa di possibile risoluzione, ma soltanto quello caratterizzato da non scarsa importanza.

Sul punto, la giurisprudenza ritiene che nel caso in cui si prospetti addirittura una totale assenza di soddisfazione del ceto creditorio chirografario, si dovrà desumere un grave inadempimento della proposta concordataria.

A tale conclusione si è giunti sulla base di quanto statuito dalla citata pronuncia delle Sezioni Unite, secondo cui *“il controllo di legittimità si attua verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, da intendere come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento, finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro”*³ (SS. UU. Sent. 23 gennaio 2013, n. 1521).

³ Nello stesso senso: *“Nel concordato preventivo, la verifica di fattibilità riservata al giudice, in quanto correlata al controllo della causa concreta, comprende necessariamente anche un giudizio di idoneità della proposta e del piano rispetto all'assetto di interessi ipotizzato dal proponente in rapporto ai fini pratici che il concordato consegue ed in rapporto ai singoli punti sui quali il piano era stato articolato”* (Cass. 27.02.2017, n. 4915).

Il Giudice, quindi, dovrà effettuare un giudizio di comparazione tra il risultato economico prospettato con la proposta di concordato e quello ragionevolmente prevedibile nel caso concreto (Trib. Rovigo, 30.11.2016).

Inoltre, *“il concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori deve essere risolto a norma dell'art. 186 l.fall., qualora emerga che esso sia venuto meno alla sua funzione, in quanto, secondo il prudente apprezzamento del giudice del merito, le somme ricavabili dalla liquidazione dei beni ceduti si rivelino insufficienti, in base ad una ragionevole previsione, a soddisfare, anche in minima parte, i creditori chirografari e, integralmente, i creditori privilegiati”* (Cass. 20.06.2011, n. 13446; in questo senso Trib. Rovigo, 3.02.2016 n. 9).

Quanto, poi, al momento in cui è proponibile l'istanza di risoluzione del concordato, si ritiene, che essa sia possibile anche se la liquidazione dei beni non è ancora conclusa, ma emerga con evidenza l'insufficienza dei beni per il soddisfacimento dei privilegiati e quindi dei chirografari (Cass. Civ., Sez. I, 27.12.1996 n. 11503; Trib. Genova 26.06.2014).

Le difficoltà di ottenere la risoluzione del concordato preventivo sono, tuttavia, da attribuire proprio alla necessaria verifica della fattibilità concreta della procedura, fattibilità che va verificata in relazione alla globalità della proposta concordataria e non con riferimento al diritto di credito del singolo creditore o di una determinata classe di creditori concorsuali.

Ma non solo, una volta che il creditore ha visto accolta la propria domanda di risoluzione del concordato preventivo, in ogni caso egli dovrebbe anche presentare istanza di fallimento della società, non discendendo tale pronuncia in automatico dalla risoluzione del concordato, né il Giudice potrebbe dichiarare d'ufficio il fallimento.

Infatti, mentre nel caso del concordato fallimentare alla risoluzione dello stesso segue la riapertura della procedura di fallimento, nell'ipotesi del concordato preventivo, a fronte dell'inerzia dei creditori, non è più ipotizzabile una dichiarazione di fallimento d'ufficio. Allo stato attuale quindi, la risoluzione o annullamento del concordato preventivo non provoca l'automatico fallimento del debitore, sia perché la prima procedura non presuppone necessariamente lo stato di insolvenza, sia perché nell'attuale disciplina la dichiarazione di fallimento non conosce più l'iniziativa ufficiosa.

È quanto statuito dalla Suprema Corte (Cass. SS.UU. 15.05.2015, n. 9934 e Cass. 22.02.2012, n. 2671) e da ultimo confermato anche dalla Corte Costituzionale con l'ordinanza del 25 ottobre 2017 n. 222⁴.

⁴ "In punto di diritto non è fondata la questione di legittimità costituzionale del «combinato disposto» degli artt. 137 e 186, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 [...] nella parte in cui «non prevede che, a seguito della pronuncia di risoluzione del concordato preventivo ad iniziativa di uno o più creditori, il Tribunale possa dichiarare d'ufficio il fallimento dell'imprenditore, qualora non vi sia domanda in tal senso da parte dei creditori, del pubblico ministero o dello stesso debitore»".

Con tale provvedimento il Giudice delle leggi ha ritenuto manifestamente infondata la censura mossa avverso l'eliminazione del potere del Tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento anche all'esito della risoluzione del concordato preventivo, poiché tale previsione è stata considerata del tutto coerente con il nostro ordinamento processuale civile che, sia pure in linea tendenziale e non senza qualche eccezione, è ispirato al principio *ne procedat iudex ex officio*.

Ora, dinanzi alla difficoltà non solo di ottenere la risoluzione del concordato preventivo, ma anche, all'esito, di far dichiarare nell'immediato il fallimento della società debitrice, sembra più di recente venire in soccorso la giurisprudenza di legittimità che ha offerto ai creditori una ulteriore strada da percorrere in caso di inadempimento del piano concordatario.

*

4. L'alternativa alla richiesta di risoluzione del concordato: l'istanza di fallimento.

Il creditore insoddisfatto, anche solo in termini previsionali, rispetto all'esecuzione piano concordatario, può infatti decidere di non optare per la strada della risoluzione del concordato preventivo e chiedere, invece, all'autorità giudiziaria di accertare lo stato di insolvenza dell'impresa, con conseguente declaratoria di fallimento della stessa.

È quanto statuito di recente da due pronunce della giurisprudenza di merito che aprono la strada alla possibilità di dichiarare il fallimento dell'impresa in

concordato anche in assenza di una preventiva dichiarazione di risoluzione del concordato preventivo per inadempimento.

Ciò sulla scorta del fatto che la società, non eseguendo regolarmente il piano concordatario, ha dimostrato la propria incapacità di fare fronte alle obbligazioni cristallizzate nel decreto di omologa.

“Nell’ipotesi di impresa già ammessa al concordato preventivo poi omologato, ed in caso di inadempimento dei debiti concorsuali, il creditore insoddisfatto può senz’altro avanzarne istanza di fallimento, ai sensi dell’art. 6 L.F., a prescindere dall’intervenuta risoluzione del detto concordato, essendo ormai venuto meno - dopo la riforma dell’art. 186 l.fall. introdotta dal d.lgs. n. 169 del 2007 - ogni automatismo tra risoluzione del concordato e dichiarazione di fallimento e dovendo l’istante proporre la domanda di risoluzione, anche contestualmente a quella di fallimento, solo quando faccia valere il suo credito originario e non nella misura già falciata” (Cass., 17.07.2017 n. 17703).

Secondo la Suprema Corte, infatti, *“si tratta di dar corso ad un principio generale che permette ai soggetti legittimati ex artt. 6 e 7 l.f. di provocare la dichiarazione di fallimento del debitore commerciale insolvente, escludendosi che la specialità dell’art. 186 l.f., pur predicabile, abbia portata soppressiva delle prime disposizioni e dunque sia estesa a vicende diverse dal rapporto di risoluzione del concordato e fallimento in consecuzione”* (Cass. Ord. 11.12.2017, n. 29632).

Non vi è pertanto alcuna preclusione alla dichiarazione di fallimento di una società

in concordato preventivo, una volta che questo sia stato definitivamente omologato, non venga eseguito ed emerga una situazione di insolvenza della società.

“Il collegio, pertanto, non ritiene che l’unico modo per soddisfare i crediti vantati nei confronti della società in concordato sia la risoluzione previa del concordato, quasi fosse questo un passaggio pregiudiziale onde poi addivenire all’ammissibilità di eventuali richieste giudiziali, anche esecutive e, anche, in sede fallimentare ex art. 67 l.fall.”. (Trib. Nola, 17.03.2016).

Nello stesso senso si è espresso il Tribunale di Torino, il quale ha affermato che *“Dopo l’omologa del concordato preventivo, può essere dichiarato il fallimento dell’imprenditore anche in assenza di risoluzione o di annullamento del concordato, qualora risulti che l’accordo con i creditori non abbia risolto la situazione di insolvenza ovvero che la stessa sia sopraggiunta della fase di esecuzione del concordato”* (Trib. Torino, 26.07.2016). A tale conclusione sono peraltro giunti anche il Tribunale di Venezia (29.10.2015) e di Napoli Nord (29.04.2016), affermando la possibilità giuridica, in assenza di un divieto fissato da una precisa disposizione, di dichiarare il fallimento dopo l’omologa del concordato, anche in assenza di risoluzione o di annullamento, nel caso in cui risulti, tramite una valutazione *ex post* ed in concreto svolta dal Tribunale in sede di giudizio prefallimentare, anche in eventuale antitesi rispetto al giudizio *ex ante* ed in astratto compiuto in sede concordataria sulla fattibilità economica del piano, che l’accordo non abbia risolto

la situazione di insolvenza ovvero che la stessa sia sopraggiunta nella fase di esecuzione del concordato.

Ciò sulla base del fatto che, ragionando diversamente si priverebbero i creditori del credito concordatario riconosciuto, perché la soddisfazione, pur nei limiti della percentuale concordataria, rimarrebbe frustrata in caso di inadempimento del piano concordatario e di mancata risoluzione del concordato, la quale esige il grave inadempimento del debitore in concordato, come si è detto, da valutare complessivamente rispetto all'intera proposta del piano ed all'intero piano.

Avv. Flavia Verduchi
Studio Legale Mannocchi & Fioretti
Sede di Roma

Il presente documento non costituisce un parere ed è stato redatto ai soli fini informativi dei clienti di M&F. È proprietà di M&F e non può essere divulgato a soggetti differenti dal destinatario, senza una preventiva autorizzazione scritta.