

GENNAIO 2013

LE SEZIONI UNITE INDIRIZZANO I GIUDICI SUL CONCORDATO PREVENTIVO

Il concordato preventivo è stato oggetto di molte riforme dal 2005 ad oggi e con l'ultima in ordine cronologico (D.L. 22 giugno 2012 n.83) ha subito uno slancio inaspettato grazie al nuovo istituto del cosiddetto “concordato con riserva”.

Che la finalità delle molte riforme fosse quella di “privatizzare” l'istituto, ossia concedere maggiore autonomia alle parti (debitore e creditori) nella gestione del risanamento è un principio su cui tutti gli studiosi della materia concordano. Fino a dove può spingersi questa autonomia è invece un tema su cui le opinioni sono molto diverse, anche tra gli stessi giudici.

Su questa materia sono ora intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che con una sentenza di 70 pagine depositata il 23 gennaio 2013 hanno dato risposta a due questioni importanti in tema di concordato preventivo e precisamente:

- 1) se la presentazione di una domanda di concordato sospenda l'eventuale istruttoria pre-fallimentare attivata da un creditore;
- 2) se ed entro quali limiti il giudice possa “intromettersi” nella valutazione della proposta di concordato.

Vediamo i chiarimenti della Corte.

1) Rapporto tra concordato preventivo e fallimento

E' opinione diffusa tra gli operatori del settore (maturata sotto l'egida dell'articolo 160 LF ante riforma del 2005) che la presentazione di una domanda di concordato preventivo “blocca” l'eventuale procedimento per la dichiarazione di fallimento avviato da un creditore. Questa opinione è stata condivisa anche post-riforma da molti tribunali di merito che sono ricorsi alla tecnica della “sospensione impropria” per fermare l'istruttoria pre-fallimentare in attesa della definizione della procedura di concordato.

Le Sezioni Unite hanno ora affermato che **la presentazione di una domanda di concordato non impedisce la dichiarazione di fallimento del debitore** perché tra le due procedure c'è solo un rapporto di conseguenzialità logica e non procedimentale. Da un lato – sostiene la Corte - la legge processuale vigente esclude casi di “sospensione impropria o atecnica”, dall'altro tra concordato e fallimento non vi è un rapporto di pregiudizialità tale da giustificare una sospensione “tecnica”: quindi le due procedure corrono parallele.

E come si procede? Secondo la Corte il giudice deve bilanciare e coordinare le opposte iniziative (del debitore e dei creditori) e verificare il rapporto di priorità tra le due procedure privilegiando il fallimento in tutti i casi in cui

A cura del Dipartimento italiano
Restructuring & Insolvency

Daniela Andreatta
dandreatta@orrick.com

Il presente documento è una nota di studio. Quanto nello stesso riportato non potrà pertanto essere utilizzato o interpretato quale parere legale né utilizzato a base di operazioni straordinarie né preso a riferimento da un qualsiasi soggetto o dai suoi consulenti legali per qualsiasi scopo che non sia un'analisi generale delle questioni in esso affrontate.

La riproduzione del presente documento è consentita purché ne venga citato il titolo e la data accanto all'indicazione: Orrick, Herrington & Sutcliffe, Newsletter.

il concordato “esprima un intento meramente dilatorio e manifesti un abuso di diritto del debitore” (così nella sentenza n. 18190 del 24 ottobre 2012 richiamata nella sentenza delle Sezioni Unite qui esposta).

2) Perimetro di intervento del giudice

In base all'attuale schema normativo del concordato il debitore prepara piano e proposta, il professionista asseveratore conferma la veridicità dei dati e la fattibilità del piano ed il giudice controlla la legittimità dei vari atti ed il regolare andamento della procedura.

Così riassunti i ruoli dei vari attori della procedura sembrano chiari, ma nella pratica si sono a volte confusi soprattutto in merito alla valutazione di fattibilità del piano: qui i giudici hanno in alcuni casi sovrapposto il loro giudizio a quello del professionista asseveratore e a quello dei creditori. Per esempio nel caso esaminato dalle Sezioni Unite il debitore aveva presentato una proposta di concordato con cessione dei beni, i creditori la avevano approvata senza opposizioni ed il Tribunale aveva tuttavia negato l'omologazione del concordato ritenendolo non fattibile.

La Corte è ora intervenuta per chiarire quale sia il perimetro di intervento del giudice nella procedura.

La sentenza (purtroppo non proprio fluida) parte dalla considerazione preliminare che il controllo del giudice sia un controllo di legalità e mai di merito della proposta e del piano.

Nell'ambito di tale controllo – dice la Corte - **il giudice deve verificare la correttezza del procedimento e la fattibilità giuridica del concordato** che viene identificata nella idoneità della proposta elaborata dal debitore a consentire il superamento dello stato di crisi ed al riconoscimento ai creditori di una “sia pur minimale consistenza del credito... in tempi di realizzazione contenuti” (la cosiddetta “causa concreta” del concordato).

Non spetta viceversa al giudice una valutazione della convenienza e della fattibilità economica della proposta (ossia della probabilità di realizzazione del piano nei termini prospettati) che è appannaggio esclusivo dei creditori. Per esempio – chiarisce la Corte - la correttezza o meno della percentuale di soddisfacimento offerta ai creditori non è oggetto di controllo da parte del giudice perché riguarda un aspetto pratico-economico della proposta che debbono valutare i creditori¹.

Rientra quindi nella competenza del giudice la verifica di tutti quegli aspetti che incidono sulla legalità del procedimento tra i quali la Corte menziona: (i) la regolarità della documentazione, compresa la congruità e la logicità dei contenuti della relazione del professionista asseveratore²; (ii) la corretta informazione dei creditori sui dati relativi al debitore nonché sulle verifiche e sulle valutazioni del professionista asseveratore e del commissario giudiziale, (iii) la possibilità giuridica di dare esecuzione alla proposta³; (iv) l'idoneità della proposta a soddisfare in qualche misura i diversi crediti nei termini di adempimento previsti⁴.

Questo controllo di legittimità – conclude la Corte – non ha un contenuto fisso e predeterminabile, ma **deve articolarsi in funzione “delle concrete modalità proposte dal debitore per la composizione della propria esposizione debitoria”**.

¹ In tema di percentuale di soddisfo dei creditori la Corte ha peraltro precisato che la relativa indicazione non è necessaria né vincolante nelle proposte concordatizie con cessione dei beni.

² escluso qualsiasi controllo sulla prognosi di realizzabilità dell'attivo nei termini indicati dal debitore.

³ Da escludersi per esempio quando preveda la cessione di beni altrui o modalità di attuazione contrarie a norme inderogabili.

⁴ da escludere ad opera del giudice qualora sia evidente “prima facie” che la proposta non consente di realizzare il risultato offerto ai creditori.

La sentenza ha il merito di avere affrontato due questioni rilevanti in tema di concordato preventivo nel tentativo di fornire un indirizzo alle corti di merito che oggi in ambito fallimentare si muovono con scarsa omogeneità.

Purtroppo alla pregevole finalità dell'intervento non ha corrisposto una netta presa di posizione sulle questioni trattate: rimettere al giudice la scelta di priorità tra un procedimento di concordato preventivo ed un'istruttoria pre-fallimentare salvo "abusi del debitore" offre spazi di discrezionalità che non garantiscono la necessaria certezza del diritto; lo stesso dicasi per la valutazione di fattibilità giuridica della proposta rimessa al giudice che ha contorni tuttora non molto precisi.

Il motivo di tale timidezza sta probabilmente nell'ampiezza delle casistiche che non si prestano ad un irrigidimento dogmatico e nella necessità di mantenere in capo al giudice margini di operatività sufficienti da consentirgli di reprimere l'uso troppo frequentemente disinvolto del concordato preventivo.

Resta comunque una sentenza importante frutto di un intervento lodevole della Corte che sperabilmente riuscirà a eliminare alcune delle incertezze che tuttora circondano il procedimento di concordato.