

CONCORDATO PREVENTIVO

Tribunale di Milano 28 ottobre 2011 (Dott. Filippo Lamanna, Presidente relatore, Dott. Roberto Fontana, Giudice, Dott. Francesca Savignano, Giudice)

Il 28 ottobre 2011 il Tribunale di Milano ha ammesso il San Raffaele alla procedura di concordato preventivo. Sono stati in molti a domandarsi attraverso i media se era stata una giusta decisione dal momento che la stessa era subordinata all'avverarsi di numerose e rilevanti condizioni. In particolare si è chiesto: è possibile l'ammissione ad un "concordato preventivo condizionato" ?

di GIAN MARIO PERUGINI

Come è noto, con gli ultimi interventi innovatori che hanno interessato le procedure concorsuali è stato il concordato preventivo a subire i più profondi cambiamenti. Da una procedura rigida, basata su norme imperative, si è passati ad un istituto articolato e flessibile più consono alle esigenze del momento.

Precedentemente la normativa era rimasta sempre quella originaria, dettata dal R.D. 16 marzo 1942, n. 267 e non aveva subito alcuna modifica. L'art. 160 l. fall. contemplava due sole forme di concordato: quello con garanzia e quello con cessione dei beni.

La prima era caratterizzata da una funzione conservativa dell'azienda ed aveva per oggetto l'offerta da parte del debitore di "serie garanzie reali o personali di pagare almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari", mentre la seconda, il cui scopo preminente era costituito dalla liquidazione dell'azienda, prevedeva la cessione di tutti i beni esistenti nel patrimonio del debitore sempreché la loro valutazione avesse fatto ritenere che i creditori sarebbero stati soddisfatti nella stessa percentuale del quaranta per cento.

E' stato il D.L. 14 marzo 2005, n. 35 convertito in L. 14 maggio 2005, n. 80, l'art. 160 l. fall. a modificare radicalmente la disciplina. La norma riformata stabilisce ora che l'imprenditore che si trova in stato di crisi o di insolvenza possa proporre un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere "a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito; b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato; c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei; d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse".

Il concordato preventivo concesso il 28 ottobre scorso dal Tribunale di Milano a seguito della richiesta avanzata dalla Fondazione Centro San Raffaele del Monte Tabor rientra nelle predette tipologie.

In data 10 ottobre 2011 la Fondazione presentava ricorso di ammissione alla procedura di concordato preventivo pur in pendenza di richiesta di fallimento depositata in data 23 settembre 2011 in corso di istruzione.

Sono state successivamente prodotti chiarimenti e precisazioni nonché documenti e memorie supplementari fino a quando il Tribunale, riunito in camera di consiglio, andava ad emanare il decreto di accoglimento della proposta.

Tenuto conto del "carattere finalisticamente liquidatorio" è stato configurato formalmente "come concordato per cessione dei beni ai creditori" che interessa un gruppo di imprese controllate dalla Fondazione esercenti la "parte preponderante dell'attività sanitaria".

Come viene pubblicato dalla stampa il concordato era stato concesso con diversi "paletti" tanto da essere considerato un concordato *sui generis*. Dopo aver accertato l'esistenza di tutti i presupposti per l'ammissione ai sensi degli artt. 160 e 162 l.f. (la sussistenza di un imprenditore commerciale in stato d'insolvenza, il deposito di un piano concordatario munito della prescritta documentazione e della relazione di un professionista idoneo, la presenza dei requisiti di cui all'art. 1 l.f. e quello della fattività ex art. 162, secondo comma l.f.), il Tribunale constatava l'esistenza di alcuni punti di criticità in ordine principalmente a due questioni. Al conflitto di interessi fra il consiglio di amministrazione della Fondazione e gli investitori. Possiamo chiarire, a tale proposito, che l'offerta di acquisto dei beni era stata prodotta da due componenti del Consiglio di Amministrazione della Fondazione che erano anche tenuti ad adempiere agli obblighi concordatari e tale situazione, secondo i giudici milanesi, avrebbe potuto "gettare un velo d'ombra sulle modalità con cui il piano concordatario è stato disegnato proprio in funzione e sulla falsariga dell'offerta formulata dai suddetti investitori".

L'altro punto di criticità è stata avvertita nella determinazione dell'esatta entità dei beni ceduti, in gran parte costituiti da una "cosa futura", della quale, al momento dell'ammissione, non era possibile stabilire con certezza il suo effettivo valore, l'importo di presunto realizzo, la prevedibile percentuale da attribuire ai creditori.

L'esistenza di tali due opinabili aspetti ha originato il dubbio "che non principalmente a beneficio dei creditori sia stata costruita l'attuale proposta concordataria", così che il Tribunale, pur accordando il beneficio del concordato, subordinava, però, la sua efficacia all'avverarsi di alcuni accadimenti futuri ed importanti data la loro consistente entità.

Siamo del parere che tale concordato preventivo "condizionato" previsto dal Tribunale di Milano, che costituisce, senza dubbio, un *inedito nella giurisprudenza*, sia il frutto di una forzatura interpretativa ingiustificabile delle norme che regolano la materia.

Non riteniamo che il presunto conflitto di interessi possa costituire un intralcio per la concessione del concordato in quanto, pur riferendosi il compimento di alcuni atti alle stesse persone, quello che conta è che i vari adempimenti siano regolarmente e correttamente posti in essere, indipendentemente dei soggetti sui quali incomba l'obbligo della loro esecuzione.

Non esistono dubbi, neanche per l'inclusione del detto concordato nell'ampia gamma di possibilità offerta dall'attuale formulazione dell'art. 160 l.f. in cui il concordato con cessione dei beni è esplicitamente contemplato.

Sono le prospettate modalità di esecuzione (e non) che ci fanno rimanere perplessi.

Come da dottrina e giurisprudenza prevalenti, il concordato preventivo si basa su specifiche norme dalle quali non è possibile derogare. Il terzo comma dell'art. 161 l.fall. stabilisce che il piano e la documentazione devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista (iscritto nel registro dei revisori contabili e che abbia i requisiti per essere nominato curatore) il quale deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.

Affinché tale relazione possa ritenersi idonea a consentire al giudice di fare affidamento sulla sua serietà, occorre, come affermato da costante e consolidata giurisprudenza, che essa sia diretta a garantire che i creditori siano adeguatamente e correttamente informati sugli esatti termini della proposta.

Oltre a contenere la motivazione sostanziale ed oggettiva della attestazione di veridicità dei dati contabili ed extracontabili relativi alla azienda del debitore, la relazione deve fornire soprattutto un giudizio serio ed approfondito sulla fattibilità del piano.

Come è riconosciuto dalla giurisprudenza non possono essere ammesse relazioni generiche, approssimative, immotivate o meramente ripetitive delle previsioni del piano. Al Tribunale spetterà poi esaminare che il piano sia bene articolato e che lo stesso sia attendibile e fattibile sulla scorta della relazione del professionista caratterizzata da serietà e completezza. Tale assunto è del resto, riconosciuto esatto anche dai giudici milanesi quando affermano con lo stesso decreto "che la verifica in ordine alla sussistenza del requisito della fattibilità debba svolgersi alla stregua dell'art. 162, comma 2 l.f. in relazione all'art. 161, comma 3 l.f. dovendo dunque il Tribunale avvalersi soprattutto della relazione del professionista indicata in tale disposizione, che a sua volta deve risultare idonea ad assolvere alla propria funzione di attestazione della veridicità dei dati e della fattibilità del piano attraverso analisi accurate, logiche, coerenti, complete e conformi alla legge".

Ai sensi del secondo comma dell'art. 162 l.f., infatti, il Tribunale, se all'esito del procedimento "verifica che non ricorrono i presupposti di cui agli articoli 160, commi primo e secondo, e 161, sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta di concordato. In tali casi il Tribunale, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 dichiara il fallimento del debitore".

Con la riforma del diritto fallimentare si è voluto, come abbiamo visto, attribuire al debitore la facoltà di strutturare a proprio piacimento la proposta concordataria, ma una volta depositata spetta al Tribunale, tramite la relazione del professionista e con propri accertamenti decidere sulla capacità di attuazione alla quale è strettamente subordinato il giudizio di ammissibilità.

La certezza di esecuzione (e, quindi, di fattibilità) costituisce un requisito essenziale ed imprescindibile per l'ammissione al concordato.

Qualora tale certezza sussista il Tribunale deve avvalersi dell'art. 163 (Ammissione alla procedura), mentre se tale requisito sia mancante il Tribunale non può che fare ricorso all'art. 162 (Inammissibilità della proposta).

I giudici milanesi hanno ritenuto di procedere, invece, all'omologazione degli accordi nonostante che gli stessi fossero mancanti del requisito della "concreta" fattibilità della proposta di concordato, demandando ai commissari nominati i "calcoli e le valutazioni più analitiche ed approfondite".

Nel caso che i commissari fossero andati poi ad appurare un "occultamento di valori patrimoniali attivi o comunque l'offerta formulata non fosse poi integrata in modo congruente" sarebbe stato sempre possibile il ricorso all'art. 173 l.f. per l'eventuale revoca dell'ammissione al concordato.

Tale soluzione non ci soddisfa. E' bene rammentare che l'art. 173 l.f. stabilisce che qualora il Commissario Giudiziale accerti che il debitore abbia commesso atti fraudolenti prima o durante la procedura Tribunale possa revocare l'ammissione al concordato e dichiarare il fallimento. Ciò potrà avvenire, altresì, "se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato".

Da tale norma ne discende con chiarezza che, indipendentemente dalla tipologia del concordato, qualora ricorrano gli atti di frode previsti dalla legge, possa verificarsi la revoca dell'ammissione alla procedura con la successiva dichiarazione di fallimento. E ciò vale per qualsiasi tipo di concordato.

Non sembra, invece, applicabile la possibilità di revoca, nel caso in esame, dell'ammissione al concordato preventivo con le relative conseguenze qualora si invochi la sopravvenuta mancanza delle condizioni previste al momento dell'ammissione.

Infatti l'eventuale accertamento di condizioni diverse non può comportare l'applicazione di tale eventualità corrispondendo, necessariamente, le condizioni rilevate nel corso della procedura con quelle esistenti al momento dell'ammissione che si sono dette dipendenti da varie circostanze (e per di più "macroeconomiche").

Tanto meglio possiamo affermare se tale accertamento avvenga dopo la votazione la quale viene considerata, per il carattere contrattuale attribuito alla procedura dalla recente riforma, come termine per l'esaurimento dell'iter formativo, posto che l'omologa costituisce nulla più che una condizione legale di efficacia di un contratto che si è già perfezionato.

Pertanto non ci sembra possibile "l'attivazione di procedimenti ex art. 173 l.f. per l'eventuale revoca dell'ammissione al concordato".

Né riteniamo ipotizzabile ricorrere all'art. 186 l.f. per la risoluzione ed annullamento della procedura dal momento che è impossibile stabilire se nel concordato in questione l'inadempimento sia o meno di scarsa importanza, in considerazione che la proposta, pur pretendendo un effetto interamente esdebitatorio, non indica l'importo che si presume di distribuire ai creditori.

Poco più di un anno prima lo stesso tribunale milanese aveva, invece, decretato che la proposta concordataria che prevedesse la cessione di tutti i beni "deve essere sempre accompagnata dall'indicazione della percentuale di pagamento che s'intende offrire ai creditori, in quanto la cessione dei beni rileva come modalità strumentale per il realizzo del soddisfacimento monetario dei crediti" (decr. del 21 gennaio 2010).

Tenuto conto che il riformato art. 186 l.f. non fa più alcuna distinzione fra quello con garanzia e quello con cessione dei beni e stabilisce ora che "il concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza", la sua risoluzione, nel caso *de quo*, non potrebbe avere luogo mancando uno dei termini indispensabili per eseguire il raffronto. Se così non fosse, l'art. 186 non avrebbe alcuna ragione di esistere.

Pur considerando che sia doveroso il mantenimento in vita dell'impresa sanitaria S. Raffaele che ha una rilevante importanza in campo economico e sociale, "considerata come struttura di eccellenza anche nell'ambito della ricerca scientifica" e che è altrettanto lodevole è la "salvaguardia di migliaia posti di lavoro", non possiamo nostro malgrado, allinearci con la soluzione adottata dal Tribunale milanese.

Del Presidente relatore nutriamo la massima stima riconoscendo allo stesso una eccezionale e completa conoscenza del diritto fallimentare (non altro per le sue numerose e apprezzate pubblicazioni e per la sua lunga esperienza in materia) e ciò ci spinge a dare allo stesso la massima fiducia. Ciò ci porta a domandarci: non è che il concordato preventivo condizionato, non ammesso dalla legge, possa divenire una nuova forma di concordato introdotto dalla giurisprudenza?

www.unijuris.it

