

30. CONCORDATO PREVENTIVO - Omologazione - Soggetti - Società di capitali - Effetti
Caso

Qual è la sorte della società di capitali che, ammessa alla procedura di concordato preventivo con cessione dei beni, veda omologato tale concordato?

Osservazione

Se dalla legge fallimentare, mettiamo da parte le norme che riguardano la liquidazione coatta amministrativa, ci accorgiamo che l'intera disciplina concorsuale ha come riferimento la figura dell'imprenditore, inteso in forma individuale; anche se troviamo all'intero della legge fallimentare poche norme che disciplinano particolari fattispecie giuridiche dettate per le imprese societarie.

La spiegazione può essere data dal presupposto che, negli anni nei quali la legge fallimentare si formava ed entrava in vigore, l'imprenditore simbolo o, se si vuole, il dato esponenziale dell'attività d'impresa, era l'imprenditore individuale. Limitate, quanto al numero, le società di persone, ed intese (mancando una radicata affectio societatis) quasi come «unioni» di imprenditori individuali svolgenti una medesima attività d'impresa. Solo poche, e grandi, le società di capitali: le antiche «società anonime» poi «società per azioni». Non si dimentichi che la società a responsabilità limitata, vista un po' come la piccola società di capitali, è creazione del legislatore, che ha formato il codice civile del 1942.

E nella sintassi della legge fallimentare, nel suo essere orientata all'imprenditore individuale, è la sede di numerosi nodi interpretativi. Si pensi, per non andar lontano dal nostro tema, al significato normativamente rilevante della «meritevolezza», ed ai dubbi interpretativi che tale principio propone quando lo si doveva applicare alle società, per la loro ammissione alla procedura di concordato preventivo. Si pensi, ed è il tema che qui affrontiamo, alla sorte della società di capitali che, ammessa al concordato preventivo con cessione dei beni, veda omologato tale concordato.

Caso 30

Il quesito si può formulare nei termini seguenti: l'omologazione del concordato preventivo con cessione dei beni ha, oppure no, efficacia dissolvente de rapporto sociale?

L'introduzione del concordato preventivo nel nostro ordinamento giuridico era stata voluta, non v'è dubbio, per sottrarre, quando possibile, l'impresa decotta al fallimento, per la conservazione della stessa; ma questo principio ispiratore non era stato tradotto in termini normativi.

Di fatto però, fino alla riforma del concordato preventivo, avvenuta con l'entrata in vigore della L. n. 80/2005, tale procedura concorsuale era poco utilizzata in quanto ritenuta poco flessibile, poiché presupponeva l'esistenza di determinati requisiti sia di carattere soggettivo che oggettivo, che difficilmente un imprenditore, insolvente ma onesto, possedeva.

Con la riforma sono stati quasi in gran parte eliminati i requisiti suddetti, cercando il legislatore di rendere tale procedura più accessibile da un imprenditore non più insolvente, ma solo in stato di crisi. Per quanto concerne l'ipotesi di cessione di beni nel concordato, il legislatore riformulando l'art. 160 l.f., ha previsto la possibilità di addivenire ad un concordato preventivo "*anche mediante cessione dei beni*". E' evidente lo spirito riformatore, in particolare nella parte in cui non viene prevista un percentuale minima per i creditori chirografari anche nell'ipotesi di cessione di beni, ed inoltre non è più richiesta che vengano ceduti "tutti" i beni potendo la cessione riguardare solo parte dei beni dell'imprenditore in crisi.

E' opportuno sottolineare che il decreto che ammette a tale procedura concorsuale, sia pur con cessione dei beni, non produce, sul patrimonio dell'imprenditore, alcun effetto, che vada al di là delle limitazioni previste dall'art. 167, secondo il quale, *«durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale»*. *I mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le riconoscizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, compiuti senza*

l'autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato».

E' pacifico che l'inizio della procedura di concordato viene identificato con la proposizione della domanda, momento in cui sorge l'indisponibilità o la limitata disponibilità, per l'imprenditore, dei suoi beni, pur se manchino ancora. si conclude, la procedura, con il decreto che omologa il concordato (sul punto Trib. Genova 15 marzo 1958, in Temi gen. 1958, 139). È la omologazione, dunque, il momento saliente. Ed è con riferimento ad essa, che dobbiamo chiederci se la procedura concordataria (o, se si vuole, la sistemazione concordataria dell'insolvenza dell'impresa) incida, o no, sul rapporto sociale; e nell'affermativa, se ne determini la modificazione o lo scioglimento. In una diversa prospettiva, è con riferimento alla omologazione che dobbiamo chiederci se una società di capitali sopravviva alla sentenza che omologhi il concordato preventivo con cessione dei beni, o se, per effetto di essa, si sciogla, od entri, quanto meno, in una fase liquidatoria.

Il dibattito sulla finalità conservativa o liquidatoria del concordato preventivo è di antica data.

Innanzitutto va ribadito che, il rapporto tra procedura concorsuale fallimentare e procedura concorsuale concordataria è un rapporto che, pur rimanendo fondamentalmente ad escludendum, assume colorazioni diverse secondo che sia visto a parte debitoris, ovvero a parte creditorum.

Il concordato preventivo si propone come rimedio alla devastante forza dissolutrice della procedura fallimentare. Mentre questa disintegra l'azienda e distrugge l'impresa, il concordato preventivo è volto a conservare e l'una e l'altra ed a mantenere il debitore a capo dell'organismo produttivo.

La procedura concordataria, si osserva, è predisposta per raggiungere una pluralità di scopi: consentire al debitore meritevole (sul concetto di meritevolezza, Pacchi Pesucci, Dalla meritevolezza dell'imprenditore alla meritevolezza del complesso aziendale, Milano, 1989) di sottrarsi alla procedura fallimentare, vista ancora come il marchio infamante della «rottura del banco»; far sì che i creditori siano soddisfatti in tempi ragionevolmente brevi ed in una moneta più forte di quella fallimentare; conservare alla pubblica economia una unità produttiva, che, diversamente, sarebbe andata distrutta (ancor prima della legge del 1903,

Caso 30

Guariglia, Il concordato nel diritto italiano e straniero, Napoli, 1892; Alfredo Rocco, Il concordato nel fallimento e prima del fallimento, Torino, 1902. Dopo la legge fondamentale, Bolaffio, Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici, Torino, 1932; Ghidini, Oggetto del concordato preventivo, in Riv. dir. proc. civ. 1940, I, 91. Da ultimo, Ragusa Maggiore, Diritto fallimentare, Napoli, 1974, II, 993).

Visto a parte creditorum, però, il concordato preventivo non può avere altra finalità che il soddisfacimento in tempi brevi, nella misura più ampia possibile, delle ragioni creditorie. Ed in questa prospettiva la conservazione dell'impresa è vista come un dato inessenziale e meramente eventuale. L'ambiguità del linguaggio legislativo si rivelava, ad esempio, nell'art. 21, per il quale il debitore, prima di aver adempiuto le obbligazioni assunte con il concordato, e salvo patto contrario, non poteva distrarre i beni aziendali dalla finalità propria dell'attività imprenditoriale. Per un verso, vale a dire, il legislatore indicava nella continuazione dell'impresa un elemento del paradigma concordatario (Ghidini, Oggetto del concordato preventivo, cit.); per altro verso, con l'inserimento della riserva (salvo patto contrario), escludeva che la conservazione dell'azienda e la continuazione dell'impresa fossero connotazioni essenziali del concordato preventivo. Per non dire che, come fu osservato dal Candian (Il processo di concordato preventivo, Padova, 1937, 53), anche in assenza della riserva, ben si sarebbe potuto ipotizzare un concordato prevedente l'alienazione in blocco dell'azienda, ed escludente, quindi, la continuazione dell'impresa.

Sia la Relazione a corredo del regio decreto, sia la dottrina, e sia, anche, un indirizzo giurisprudenziale del quale diremo tra breve, postulano un concordato in abstracto, senza specificare, nei termini della normativa del 1942, se si tratti di concordato remissorio (detto anche con garanzia) o di concordato con cessione dei beni.

E l'equivoco è stato favorito da una tecnica legislativa che ha privilegiato la prima forma di concordato, trascurando la seconda, che, viceversa, si affermava, nella predica, come l'istituto cui sempre più largamente si faceva ricorso.

Ancora nella legge del 1942, che per la prima volta prevedeva espressamente il concordato preventivo con cessione dei beni, a questa

ipotesi concordataria sono riservate solo alcune brevi notazioni. E ciò a fronte di un'ampia disciplina del concordato remissorio.

Ora il dato fondamentale che differenzia le due figure di concordato è rappresentato dalla connotazione conservatrice dell'una e dalla caratteristica dissolvitrice dell'altra; mentre il concordato preventivo con garanzia è tendenzialmente orientato alla conservazione dell'azienda ed alla continuazione dell'impresa, l'una e l'altra in capo al debitore, il concordato preventivo con cessione dei beni prescinde, per sua natura, dalla finalità conservatrice, rappresentando il conseguimento di questo risultato solo un elemento accidentale nella struttura dell'istituto. (Con decreto del giudice delegato, il Tribunale di Genova - 20 febbraio 1996, in Il fallimento 1996, 710, sub art. 167, n. 1 - ha statuito che «in sede di concordato preventivo per cessione dei beni, il giudice può autorizzare la vendita dell'intero compendio aziendale prima dell'omologazione, quando la stessa consenta di ottenere un realizzo sufficiente per far fronte al soddisfacimento dei creditori e per mantenere l'unità del compendio produttivo).

La polemica sulla natura conservatrice o dissolvitrice del concordato si gioca, dunque, tutta su questo equivoco, chiarito il quale essa perde molto del suo significato. Nato certamente come istituto volto non solo a sottrarre il debitore meritevole al fallimento, ma anche alla conservazione dell'unità produttiva in capo, appunto, al debitore, il concordato preventivo, a mano a mano che si afferma, nella pratica dei commerci, come «cessione dei beni», perde la connotazione conservatrice, sì che la prosecuzione dell'impresa appare inessenziale allo stesso.

Né, per sostenere la contraria tesi, può invocarsi il disposto, da noi prima ricordato dell'art. 167 legge fallimentare. La conservazione dell'unità produttiva e la continuazione dell'impresa in capo al debitore non hanno altro significato che garantire ai creditori, e non solo, ma anche al debitore, la integrità del patrimonio. Per consentire, agli uni, il soddisfacimento, nella misura più larga possibile, delle loro ragioni, e, all'altro, di evitare il fallimento.

La scarsa propensione della dottrina a distinguere tra concordato remissorio e concordato con cessione dei beni, e l'insufficiente disciplina normativa di quest'ultima figura non solo hanno alimentato la polemica sulla natura conservatrice o dissolvitrice del concordato, impedendo di

Caso 30

distinguere tra gli orientamenti diversi delle due forme tipiche del procedimento concordatario, ma sono, altresì, alla radice del problema che concerne la sorte della società di capitali che, ammessa al concordato con cessione dei beni, veda omologato il concordato stesso.

Si riconosce, ormai pacificamente, che la società possa essere ammessa al concordato preventivo anche se trovasi nella fase di liquidazione. E da ciò si trae argomento per escludere che la continuazione dell'attività d'impresa sia elemento essenziale della procedura concordataria. Pur qui con un riferimento generico al concordato in abstracto, e senza specificare e distinguere tra concordato remissorio e con cessione dei beni. Specularmente, si afferma che «l'ammissione alla procedura di concordato preventivo per cessione dei beni non impone necessariamente la messa in liquidazione della società che conserva i propri organi anche se i poteri e le funzioni di essi sono limitati a quanto necessario e compatibile con la situazione determinata dall'instaurarsi della procedura; la società quindi può, dopo l'omologazione del concordato, legittimamente scegliere la ricapitalizzazione ai fini di riprendere adeguatamente ad operare (App. Milano 23 luglio 1990, decr., in *Il fallimento* 1991, 172).

Si affermano due principi afferenti, l'uno, alla fase della procedura di concordato e, l'altro, all'esecuzione dello stesso.

Che l'ammissione alla procedura di concordato preventivo con cessione dei beni non imponga necessariamente la messa in liquidazione della società, è principio che nessuno vorrà contestare, tra l'altro ciò sarebbe in pieno contrasto con lo spirito rivoluzionario e conservativo della riforma. La disposizione, prima ricordata, dell'art. 167 legge fallimentare è applicabile, invero, non solo all'imprenditore individuale, ma anche a quello societario. La continuazione dell'attività d'impresa fino all'omologazione del concordato o l'immediata messa in liquidazione della società è deliberazione che deve essere presa in funzione della conservazione del valore dei beni aziendali, singolarmente intesi, e nella sintesi della unità produttiva.

Con il secondo principio, si afferma che ben possono i soci, dopo l'omologazione del concordato (e quindi nella fase di esecuzione dello stesso), ricapitalizzare la società al fine di «riprendere adeguatamente ad operare». Si riconosce, così, per un verso, che la società di capitali, una volta omologato il concordato con cessione eventualmente di tutti i propri

beni, non sarebbe che una scatola vuota. E, per altro verso, si dà per scontata la legittimità della ricapitalizzazione. Sul primo punto, non si può non concordare. Sul secondo, invece, riteniamo che le riserve siano d'obbligo. Si dà per risolto, invero, il problema dell'incidenza disgregatrice del concordato preventivo con cessione dei beni sul rapporto sociale; e lo si dà per risolto nel senso della esclusione della capacità dissolvitrice.

Ma vi è di più: si trascura ogni possibile obiezione che possa muoversi alla generica affermazione della legittimità della ricapitalizzazione. Si è discusso se il concordato preventivo con cessione dei beni possa considerarsi causa di scioglimento delle società di capitali. Le cause di scioglimento di queste società sono elencate nell'art. 2448 cc.c ed il favor societatis impone di considerare tassativa l'elencazione. In essa non si trova il concordato preventivo con cessione dei beni. Ma è ben vero, si è detto (Maisano, op. cit., 67 ss.), che questa procedura concorsuale o la pregressa situazione che ha dato luogo alla proposta concordataria possa essere ricondotta ad una delle cause tipiche di scioglimento: impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, ad esempio, o riduzione del capitale al di sotto del minimo legale.

La cessione dei beni, e quale che sia la natura giuridica che le si voglia riconoscere, determina, al momento stesso della omologazione del concordato, la perdita della disponibilità del patrimonio e rende, per tal via, non più conseguibile l'oggetto sociale. Altro dato non contestabile: al momento della omologazione, la società non può oltre utilizzare il suo patrimonio per lo svolgimento dell'attività d'impresa; ridotta ad una scatola vuota, rimane in uno stato di quiescenza per il tempo tutto dell'esecuzione del concordato.

Ed è qui, che si pone una serie di interrogativi. Innanzi tutto, se è dato riempire la «scatola»; e, nell'affermativa, se la incombente presenza della liquidazione dei beni non imponga limitazioni.

Ma per l'ipotesi che la «scatola» non si possa o non si voglia riempire, quali prescrizioni devono osservare gli ordinari organi della società?

Rispondiamo alla prima domanda: nulla vieta che, una volta omologato il concordato, l'assemblea possa deliberare di ricapitalizzare la società. Ma la persistente fase di liquidazione dei beni impone, quanto meno, le limitazioni derivanti dal divieto di concorrenza. E ciò per l'ipotesi che il

Caso 30

liquidatore ceda (od anche solo per consentirgli, eventualmente, di cedere) il complesso aziendale nella unitaria destinazione all'esercizio dell'attività d'impresa.

E nel caso che i soci non intendano ricapitalizzare la società? Questa, all'evidenza, rimane una scatola vuota. E poiché non si possono chiedere versamenti ai soci, né si può pretendere che gli amministratori svolgano alcuna attività senza compenso, o sostengano alcuna spesa in proprio (si pensi alle spese necessarie per deliberare la messa in liquidazione della società), a nostro avviso possono solo trovare applicazione, per analogia, le norme che prevedono, con l'intervento del tribunale, la nomina dell'amministratore giudiziario, il quale (art. 2409, quinto comma, codice civile) può proporre la messa in liquidazione della società.

L'ineludibile situazione di totale azzeramento del patrimonio sociale impone anche di riesaminare alcuni problemi, per trovare, dagli stessi, una soluzione in termini diversi da quelli oggi accolti seguendo una prassi che è confliggente con la premessa, totale mancanza di mezzi finanziari. Si pensi, pur qui a tacer d'altro, alla sola tenuta del minimo di contabilità legata alla registrazione delle fatture che il liquidatore dei beni emette tutte le volte che venda parte degli stessi. E si pensi alle rilevanti spese che la società (o chi per essa) deve affrontare quando sia convenuta in giudizio, tutte le volte che si assuma la sua legittimazione passiva.

In ogni caso, ricapitalizzata o non, la società, pur se in liquidazione, rimane il centro di imputazione dei possibili esiti dell'esecuzione del concordato.

La cessione dei beni, pacificamente si ammette, può essere fatta pro soluto o pro solvendo. Nel primo caso, nulla quaestio. Quale che sia il prezzo ricavato dalla vendita dei beni, e quale che sia la percentuale di pagamento dei debiti, non vi sarà alcun condizionamento delle sorti della società. Al momento della omologazione del concordato, si è avuta, infatti, la esdebitazione.

A diverse conclusioni si perviene nel caso della cessione pro solvendo. Qui dobbiamo considerare, innanzitutto, l'ipotesi, per vero di rara verifica, che, una volta pagate le percentuali concordatarie, residui una somma che, ovviamente, è di pertinenza della società cedente. Sarà l'assemblea a decidere sull'utilizzo di detta somma la quale, in ipotesi di

prosecuzione della liquidazione della società, fino alla cancellazione della stessa, sarà ripartita tra i soci deductis impensis.

Ma l'esito normale del concordato (almeno nella prospettiva del legislatore) è rappresentata dal pagamento integrale dei creditori privilegiati, e dal soddisfacimento in percentuale dei crediti chirografari. Così concluso il concordato, la società (al di fuori della ipotesi della ricapitalizzazione) può solo essere cancellata. E con l'intervento, ripetiamo, dell'autorità giudiziaria.

Non possiamo qui discutere le questioni, numerose e delicate, che sono legate alla conversione, ed alla possibilità di conversione del concordato. Certo è che, quando la conversione sia possibile, e si sia avuta, la società è travolta dalla dichiarazione di fallimento e, sempre a cura dell'amministratore giudiziario, a nostro avviso, dovranno essere compiuti gli adempimenti previsti per tale emergenza.

Fonti

normative

Legge fallimentare, artt. 160, 167

Codice civile artt. 2409, 2448