

Commissione Giustizia della Camera

31 luglio 2024

Intervento di Fernando Platania

On. Deputati,

esaminerò tre aspetti della fase esecutiva del concordato preventivo facendo riferimento alle proposte di modifica degli artt. 120 quinquies, 118 e 116 ccii.

Art. 120 quinquies ccii

La proposta del correttivo ha previsto, diversamente da quanto disposto dall'attuale art. 120 quinquies, che la sentenza di omologa provveda essa stessa alle modifiche statutarie previste dal piano, senza più affidare tale compito agli organi sociali; agli amministratori è affidato soltanto il compito di assumere gli atti esecutivi eventualmente necessari.

Si tratta di una previsione che non corrisponde alla legge delega che, invece, dispone di affidare ***“agli organi della società il dovere di dare tempestiva attuazione alla proposta omologata, stabilendo che, in caso di comportamenti dilatori od ostruzionistici, l'attuazione possa essere affidata ad un amministratore provvisorio, nominato dal tribunale, dotato dei poteri spettanti all'assemblea ovvero del potere di sostituirsi ai soci nell'esercizio del voto in assemblea, con la garanzia di adeguati strumenti d'informazione e di tutela, in sede concorsuale, dei soci.”***

Ma al di là di tale aspetto, pure rilevante, il vero problema è che il Tribunale non ha gli strumenti per operare proprio le modifiche più frequenti, quelle del capitale. Infatti, le operazioni sul capitale post omologa (nel concordato in continuità che è il tipico concordato) devono essere necessariamente precedute dalla redazione di una situazione patrimoniale o da un bilancio che recepisca le molto complesse ricadute contabili dell'approvazione della proposta. A seguito dell'approvazione del concordato l'entità dei debiti della società è sicuramente diversa da quella ante concordato per effetto della falcidia normalmente prevista in ogni piano e vi sono ricadute anche su poste dell'attivo quali “crediti” ed anche “immobilizzazioni immateriali e materiali” che potrebbero dovere essere iscritti a valori diversi da quelli contabili ante omologa. In altre parole, poiché quando residuano perdite superiori ad un terzo (come tipico per le società in concordato) l'aumento del capitale ai sensi degli artt. 2446 e 2447 cc per le spa e 2482 bis e ter cc per le srl deve essere preceduto dalla integrale copertura delle

perdite, bisogna conoscere esattamente quali sono le perdite che residuano dopo l'omologa per potere provvedere correttamente alla modifica statutaria.

Aggiungo un altro aspetto, purtroppo largamente trascurato dal legislatore che non ha molta dimestichezza con gli aspetti contabili.

Il concordato con continuità aziendale (che ripeto è il concordato tipico nella visione del legislatore della riforma) prevede necessariamente che una parte (che dovrebbe essere anzi la parte preponderante) dei debiti debba essere pagata con i flussi di cassa, conseguiti dalla prosecuzione dell'attività di impresa, eccedenti quelli necessari per la gestione corrente e non con la liquidazione dei cespiti aziendali (per conservare la struttura produttiva); quindi dopo l'omologa, la situazione patrimoniale della società di capitali dovrebbe normalmente presentare nel passivo ancora una quota rilevante dei debiti pregressi ma non compensati adeguatamente dalle poste attive perché nel nostro ordinamento non sono iscrivibili in bilancio gli utili futuri; ciò comporta che, venuta meno, già al momento dell'omologa, la copertura dell'art. 89 ccii che sospende gli effetti della perdita del capitale (situazione tipica delle società in concordato), la società potrebbe trovarsi ancora nello stato di liquidazione per effetto della insufficiente riduzione dei debiti. Anzi questa sarà la situazione ordinaria. Quindi il piano della società debitrice per uscire dallo stato di liquidazione, impossibilitata ad operare, dovrà normalmente prevedere aumenti di capitale (anche mediante conversione in capitale di crediti) in applicazione delle ordinarie regole degli artt. 2446 2447 2482 bis e ter cc che prevedono, però, prima l'azzeramento delle perdite contabili e poi l'aumento.

Ma il Tribunale, come già specificato, non ha gli strumenti per operare le modifiche e l'attività richiesta agli amministratori non può essere meramente esecutiva ma deve necessariamente essere assai più articolata perché impone la previa redazione di una situazione contabile che dia conto delle perdite da coprire con i nuovi apporti.

Propongo, quindi, che si torni ad attribuire agli amministratori il compito di eseguire, in primis, le modifiche statutarie fermo restando l'eventuale intervento surrogatorio del tribunale attraverso la nomina di un amministratore giudiziario che abbia il potere di fare tutto ciò che gli amministratori non avessero fatto, tra cui quello di redigere la situazione patrimoniale occorrente per eseguire correttamente le operazioni sul capitale.

art. 118 ccii

L'area di intervento dell'art. 118 purtroppo si sovrappone a quella dell'art. 120 quinquies (malgrado nella relazione illustrativa del correttivo si assuma che si è voluto uniformare la disciplina).

Infatti la disciplina dell'art. 120 quinquies è destinata a regolare la esecuzione del concordato proposto dalla stessa società debitrice, mentre l'art. 118 disciplina l'esecuzione (oltreché del concordato dell'imprenditore individuale) quella dei concordati delle società proposte dai creditori e dai soci.

Il testo del correttivo recita:

“5. Il soggetto che ha presentato la proposta di concordato approvata dai creditori e omologata può denunciare al tribunale i ritardi e le omissioni del debitore mediante ricorso notificato al debitore e al commissario giudiziale con il quale può chiedere al tribunale di attribuire al commissario i poteri necessari per provvedere ai sensi del comma 4 o di revocare l'organo amministrativo, se si tratta di società, nominando un amministratore giudiziale. Sono in ogni caso fatti salvi i diritti di informazione e di voto dei soci di minoranza.”

6. Il tribunale provvede in camera di consiglio, sentito il debitore ed il commissario giudiziale. Quando nomina un amministratore giudiziale, stabilisce la durata dell'incarico e gli attribuisce il potere di compiere gli atti necessari a dare esecuzione alla proposta omologata, ivi incluse le deliberazioni di competenza dell'assemblea dei soci, la convocazione dell'assemblea avente ad oggetto tali deliberazioni e l'esercizio del diritto di voto nelle stesse.”

Nella formulazione della norma il legislatore non ha confermato, quindi, la stessa scelta effettuata con l'art. 120 quinquies, avendo previsto che le modifiche siano operate dall'assemblea con l'intervento dell'amministratore e l'attribuzione al medesimo del diritto di voto.

Ma nell'assemblea l'amministratore giudiziale esercita i voti di chi, se è previsto che siano conservati i diritti di voto della minoranza (ancorchè ciò non sia previsto nella legge delega)?

Il testo attualmente in vigore precisa che all'amministratore giudiziale spettano i diritti di voto dei soci di maggioranza. La previsione è stata giustamente soppressa ma non è stato risolto il problema.

Bisogna partire dal fatto che nel diritto societario non esiste la nozione di socio di maggioranza o socio di minoranza. Il codice civile attribuisce determinati poteri ai soci

che sono portatori di una determinata quota di capitale. I soci che hanno il 20% possono chiedere la convocazione dell'assemblea; i soci che hanno il 10% del capitale possono denunciare le irregolarità al Tribunale; i soci che hanno il 5% possono denunciare le irregolarità ai sindaci che hanno l'obbligo di indagare, ecc.

Ma non esiste la categoria dei soci di maggioranza o di minoranza. Per fare un esempio chiaro a tutti; chi sono i condomini di maggioranza o di minoranza? Nulla vieta che il condomino possa contribuire con il suo voto alla nomina dell'amministratore e nella stessa assemblea vedere rigettata la sua proposta di cambiare il citofono. Lo stesso accade nella società.

In realtà sono esistite nel nostro ordinamento disposizioni che prevedevano la distinzione tra soci di maggioranza e di minoranza nel codice degli appalti, negli artt. 38 D.lgs 12 aprile 2006 n. 163 ed art. 80 D.lgs 18 aprile 2016 n. 50 in tema di esclusione dalle procedure di aggiudicazione.

Sulla corretta interpretazione della nozione di socio di maggioranza è intervenuto il Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, 6 novembre 2013 n. 33/2013 RAP.) che ha ritenuto che per socio di maggioranza si dovesse intendere solo quello che avesse una quota pari al 50 % (anche nel caso in cui vi fosse un altro socio con la quota del 50) ma non quello che avesse una maggioranza solo relativa, con partecipazione complessiva inferiore al 50%. Quindi se si trasferisse nell'ambito del diritto concorsuale tale decisione sarebbero, conseguentemente, soci di minoranza tutti quelli aventi una quota di capitale inferiore al 50% (come appunto accade sovente nelle società con pluralità di soci).

Ed allora i voti di chi vengono espropriati a favore dell'amministratore giudiziario? Nulla dice il correttivo.

In realtà non c'è ragione di utilizzare una disciplina diversa tra l'ipotesi di concordato proveniente dalla società o dai soci o dai creditori; si deve affidare il compito di eseguire il concordato, in caso di inerzia degli organi societari, ad un amministratore giudiziario che semplicemente si sostituisca ad essi.

art. 116 sulle operazioni di fusione e scissione

Tutta la disciplina delle operazioni straordinarie soffre evidentemente del fatto che la legge delega non ha dettato le necessarie norme di coordinamento tra la disciplina societaria e quella concorsuale prevedendo soltanto che :

“1) l'opposizione dei creditori possa essere proposta solo in sede di controllo giudiziale sulla legittimità della domanda concordataria;

2) gli effetti delle operazioni siano irreversibili, anche in caso di risoluzione o di annullamento del concordato, salvo il diritto al risarcimento dei soci o dei terzi danneggiati, ai sensi degli articoli 2500-bis e 2504-quater del codice civile; 3) non spetti ai soci il diritto di recesso in conseguenza di operazioni incidenti sull'organizzazione o sulla struttura finanziaria della società.”

Il decreto correttivo, con l'art. 116, si è limitato a riprodurre le stesse regole senza aggiungere altro con il grave rischio di lasciare nell'incertezza più totale l'interprete su quali siano le regole da applicare in concreto.

In ogni caso ha compreso oltremisura il diritto di opposizione dei creditori e dei soci delle società non soggette a concordato che fossero però interessate alla operazione.

Infatti è previsto a questo proposito che (Art. 116):

“Il tribunale, nel provvedimento di fissazione dell'udienza di cui all'articolo 48, dispone che il piano sia pubblicato nel registro delle imprese del luogo ove hanno sede le società interessate dalle operazioni di cui al comma 1. Tra la data della pubblicazione e l'udienza devono intercorrere almeno quarantacinque giorni”.

Orbene per l'art. 2501 septies cc l'assemblea della società interessata alla fusione o scissione (norma dichiarata espressamente applicabile anche in caso di concordato) non può tenersi che dopo trenta giorni dal deposito, presso la sede sociale, dei documenti rilevanti ai fini della decisione tra cui, evidentemente anche il piano concordatario il cui deposito nel Registro delle imprese è, però, disposto dal Tribunale solo con il provvedimento di fissazione dell'udienza.

Considerato che l'opposizione alla fusione (o scissione) deve essere proposta, in base alle norme processuali del codice della crisi, almeno dieci giorni prima dell'udienza, c'è il rischio che i creditori delle società in bonis che volessero proporre opposizione abbiano di fatto un tempo di soli due- tre giorni (e non si possono escludere attività ostruzionistiche) per proporre opposizione se l'udienza di omologazione è fissata nel termine minimo di quarantacinque giorni dalla pubblicazione del piano.

Davvero troppo poco!

Fernando Platania