

Il commercialista telematico

IL CONCORDATO FALLIMENTARE CAMBIA PELLE LA PRIORITA' E' RISANARE (IN FRETTA) L'AZIENDA*

Di Massimo Giuliano, avvocato

[Studio Giuliano e Di Gravio](#)

PREMESSA

Il 16 luglio è entrata in vigore la nuova legge fallimentare, modificata dal D.Lgs. 9 gennaio 2006 n. 5 “*Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80*”, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale n. 12 del 16 gennaio 2006- Supplemento Ordinario n. 13*”.

Nonostante il discreto lasso di tempo lasciato dal legislatore agli operatori del diritto per digerire le nuove norme, numerosi sono ancora i dubbi interpretativi che i tribunali necessariamente si accingeranno a risolvere, ognuno seguendo un proprio orientamento.

Nel frattempo, il legislatore non completamente refrattario a quanti chiedevano un rinvio dell'entrata in vigore della legge, ha accolto parzialmente le richieste degli operatori delegando il governo¹ ad adottare quelle disposizioni correttive e integrative necessarie, nel rispetto dei principi e criteri direttivi sanciti nella Legge 80 del 2005²,

Articolo pubblicato sul n. 36 del 2006 di Diritto e Giustizia, Giuffrè, pag. 108.

¹ Legge 12 luglio 2006, n. 228, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale n. 160 del 12 luglio 2006.

² Al comma 6 dell'art. 1 L. 5 maggio 2005 n. 80.è stabilito che, nell'esercizio della delega di cui al comma 5, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) modificare la disciplina del fallimento, secondo i seguenti principi:

- 1) semplificare la disciplina attraverso l'estensione dei soggetti esonerati dall'applicabilità dell'istituto e l'accelerazione delle procedure applicabili alle controversie in materia;
- 2) ampliare le competenze del comitato dei creditori, consentendo una maggiore partecipazione dell'organo alla gestione della crisi dell'impresa; coordinare i poteri degli altri organi della procedura;
- 3) modificare la disciplina dei requisiti per la nomina a curatore, annoverando tra i soggetti legittimati a ricoprire la carica gli studi professionali associati, le società tra professionisti, nonché coloro che abbiano comprovate capacità di gestione imprenditoriale;
- 4) modificare la disciplina delle conseguenze personali del fallimento, eliminando le sanzioni personali e prevedendo che le limitazioni alla libertà di residenza e di corrispondenza del fallito siano connesse alle sole esigenze della procedura;
- 5) modificare la disciplina degli effetti della revocazione, prevedendo che essi si rivolgano nei confronti dell'effettivo destinatario della prestazione;
- 6) ridurre il termine di decadenza per l'esercizio dell'azione revocatoria;
- 7) modificare la disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti, ampliando i termini entro i quali il curatore deve manifestare la propria scelta in ordine allo scioglimento dei relativi contratti e prevedendo una disciplina

Il commercialista telematico

pur tuttavia non ha ritenuto di far slittare l'entrata in vigore del nuovo impianto normativo fino all'esercizio della predetta delega.

La nuova legge fallimentare rappresenta l'ultima tappa – non definitivamente conclusa – di una staffetta il cui primo *step* si è avuto la scorsa primavera, con il decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge n. 80/2005, nell'ambito della disciplina per il rilancio della competitività, con la riscrittura del concordato preventivo modificando gli artt. 160, 161, 163, 167, 180, 181, e della revocatoria

per i patrimoni destinati ad uno specifico affare e per i contratti di locazione finanziaria;

8) modificare la disciplina della continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, ampliando i poteri del comitato dei creditori e del curatore ed introducendo l'obbligo di informativa periodica da parte del curatore al comitato dei creditori sulla gestione provvisoria;

9) modificare la disciplina dell'accertamento del passivo, abbreviando i tempi della procedura, semplificando le modalità di presentazione delle relative domande di ammissione e prevedendo che in sede di adunanza per l'esame dello stato passivo i creditori possano, a maggioranza dei crediti insinuati, confermare o effettuare nuove designazioni in ordine ai componenti del comitato dei creditori, nonché confermare il curatore ovvero richiederne la sostituzione indicando al giudice delegato un nuovo nominativo;

10) prevedere che, entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario, il curatore predisponga un programma di liquidazione da sottoporre, previa approvazione del comitato dei creditori, all'autorizzazione del giudice delegato contenente le modalità e i termini previsti per la realizzazione dell'attivo, specificando:

10.1) se è opportuno disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa o di singoli rami di azienda, anche tramite l'affitto a terzi;

10.2) la sussistenza di proposte di concordato;

10.3) le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare;

10.4) le possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco;

10.5) le condizioni della vendita dei singoli cespiti, e che il comitato dei creditori possa proporre al curatore modifiche al programma presentato, prima di procedere alla sua votazione, e che l'approvazione del programma sia subordinata all'esito favorevole della votazione, da parte del comitato dei creditori;

11) modificare la disciplina della ripartizione dell'attivo, abbreviando i tempi della procedura e semplificando gli adempimenti connessi;

12) modificare la disciplina del concordato fallimentare, accelerando i tempi della procedura e prevedendo l'eventuale suddivisione dei creditori in classi che tengano conto della posizione giuridica e degli interessi omogenei delle varie categorie di creditori, nonché trattamenti differenziati per i creditori appartenenti a classi diverse; disciplinare le modalità di voto per classi, prevedendo che non abbiano diritto di voto i creditori muniti di privilegio, pegno ed ipoteca, a meno che dichiarino di rinunciare al privilegio; disciplinare le modalità di approvazione del concordato, modificando altresì la disciplina delle impugnazioni al fine di garantire una maggiore celerità dei relativi procedimenti;

13) introdurre la disciplina dell'esdebitazione e disciplinare il relativo procedimento, prevedendo che essa consista nella liberazione del debitore persona fisica dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti qualora:

13.1) abbia cooperato con gli organi della procedura fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all'accertamento del passivo e al proficuo svolgimento delle operazioni;

13.2) non abbia in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare la procedura;

13.3) non abbia violato le disposizioni di cui alla gestione della propria corrispondenza;

13.4) non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti la richiesta;

13.5) non abbia distratto l'attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito;

13.6) non sia stato condannato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, e altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa, salvo che per tali reati sia intervenuta la riabilitazione.

14) abrogare la disciplina del procedimento sommario;

b) prevedere l'abrogazione dell'amministrazione controllata;

c) prevedere che i crediti di rivalsa verso il cessionario previsti dalle norme relative all'imposta sul valore aggiunto, se relativi alla cessione di beni mobili, abbiano privilegio sulla generalità dei mobili del debitore con lo stesso grado del privilegio generale di cui agli articoli 2752 e 2753 del codice civile, cui tuttavia è posposto.

Il commercialista telematico

fallimentare e l'introduzione di due nuovi istituti, l'accordo di ristrutturazione dei debiti, disciplinato dall'art. 182 bis l.f., e il piano attestato di risanamento, previsto dall'art. 67 comma 3 lett. e)³.

Si è più volte rimarcato che lo spirito della riforma voleva e vuole condurre a dotare l'ordinamento nazionale di un diritto concorsuale moderno ispirato ai principi comunitari che vogliono l'impresa al centro del diritto e dove il principale interesse che si vuole garantire, cioè la tutela della collettività dei creditori, può e deve essere perseguito lasciando all'accordo delle parti la decisione sul come risolvere la crisi, affidando invece al giudice solo il (semplice) controllo del rispetto formale delle regole.

Ci troviamo dunque di fronte ad una legge fallimentare che considera "le procedure concorsuali non più in termini interamente liquidatori – sanzionatori, ma piuttosto come destinate a un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa, assicurando la sopravvivenza, ove possibile, di questa e, negli altri casi, procurando alla collettività, e in primo luogo agli stessi creditori, una più consistente garanzia patrimoniale attraverso il risanamento e il trasferimento a terzi delle strutture aziendali"⁴.

Nel proseguire i predetti obiettivi si è proceduto verso la privatizzazione della crisi d'impresa favorendo, da un lato, il più possibile gli accordi tra i soggetti protagonisti della crisi, debitore e creditori, e dall'altro limitando il potere d'ingerenza del giudice delegato, (sottraendo spazi del diritto concorsuale alla giurisdizione) affidandogli poteri tipicamente giurisdizionali, di risoluzione di conflitti e di garanzie della legalità.

In tale contesto si è quindi deciso di affidare la gestione del fallimento al curatore, il quale, in costante contraddittorio con il comitato dei creditori, vero erede dei poteri del giudice delegato, cercherà di massimizzare la liquidazione dell'impresa.

³ Per una prima lettura dell'articolato normativo sia consentito rinviare a M. Giuliano, "Il nuovo concordato preventivo: si parte dallo "stato di crisi", in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 13 del 2005, Il Sole24ore, pagg. 22 ss.; e dello stesso autore *Il nuovo concordato preventivo: i presupposti e le condizioni di accesso*, *Diritto e Giustizia* quotidiano di informazione, www.dirittoegiustizia.it

⁴ Relazione illustrativa.

Il commercialista telematico

Si è assistito dunque ad una distribuzione qualitativa dei poteri prima attribuita al giudice delegato, ora, non sempre razionalmente, affidati al comitato dei creditori e al curatore⁵.

Al comitato dei creditori – quale espressione collettiva dell'interesse comune al ceto creditorio – si è voluto affidare quelle maggiori competenze finalizzate ad un maggior coinvolgimento nella gestione della crisi d'impresa che, secondo un'attenta e qualificata dottrina, finirà tuttavia per condizionare l'andamento e l'esito del fallimento.

Vi è stata dunque una valorizzazione dell'autonomia privata che lungi da divenire strumento dei creditori forti dovrà invece essere canalizzata sotto il controllo del giudice, verso la massima soddisfazione di tutta la collettività di creditori coinvolti nella crisi aziendale.

In tale contesto, la decisa privatizzazione impressa alla nuova legge sull'insolvenza dell'impresa, potrebbe favorire lo sviluppo di fondi di *turnaround* specializzati nel rilancio delle aziende in crisi, con un indubbio beneficio per il sistema impresa e soprattutto per i creditori e i lavoratori, spesso vere vittime dell'insolvenza dell'impresa.

LA LEGITTIMAZIONE, L'ISTANZA E IL CONTENUTO DEL CONCORDATO

E' stato evidenziato che tutta l'attività degli organi fallimentari è finalizzata ad ottenere in tempi piuttosto rapidi, e nel miglior modo possibile, la liquidazione dell'attivo e la cessazione della procedura.

Risanamento e recupero della crisi di impresa sono i due principali obiettivi che si è posto il nuovo regolamento delle procedure concorsuali, finalizzati alla rigenerazione

⁵ I compiti di amministrazione del patrimonio del debitore e di gestione della procedura affidati al giudice sotto la vigenza della precedente legge fallimentare erano giustificati dall'impronta pubblicistica e dirigitica caratterizzante tutte le procedure concorsuali.

Il commercialista telematico

di ricchezza e al salvataggio dei posti di lavoro, che lasceranno lo spazio alla liquidazione dell'azienda solo se concretamente inattuabili.

E' in tale contesto si colloca il concordato fallimentare che da "modo di chiusura del tutto speciale e processualmente non naturale"⁶ diventa strumento finalizzato al risanamento rapido dell'azienda.

E tale mutamento di prospettiva è reso ancora più evidente laddove si consideri la sottrazione dell'iniziativa al solo fallito e l'attribuzione della legittimazione attiva a proporre il concordato al creditore o al terzo, i quali prima ancora del fallimento potranno presentare la relativa domanda.

Sotto la vigenza della vecchia disciplina la giurisprudenza di legittimità e di merito hanno affermato la natura pubblicistica del concordato fallimentare, ponendo, tra l'altro, in rilievo che tale inquadramento giuridico costituisce il solo modo di spiegare determinati effetti conseguenti alla sentenza di omologazione.

Si è sostenuto che gli effetti del concordato fallimentare non derivano dalla convenzione delle parti a contenuto remissorio o liberativo, ma dalla legge, che attribuisce alla sentenza di omologazione l'effetto di sovrapporsi agli accordi tra le parti, che ne costituiscono soltanto il presupposto e che in essa sono trasfusi e rimangono assorbiti⁷.

In dottrina vi è chi lo ha qualificato in un accordo avente per oggetto la liquidazione del dissesto del debitore, di cui l'omologazione contribuisce una condizione di efficacia⁸; in un contratto con la massa dei creditori⁹; in un contratto tra il fallito ed i creditori, reso efficace dalla sentenza di omologazione¹⁰.

Altri, invece, aderendo all'orientamento pubblico processualistico hanno qualificato il concordato come un provvedimento del giudice concesso all'imprenditore

⁶ Roncoletta, *Del concordato*, in *Codice del fallimento*, a causa di P. Pajardi, quarta ed. p. 900

⁷ Cass. 19 gennaio 1984, n. 455, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 358; *Dir. fall.*, 1984, II, 448; *Fallimento e altre proced.*, 1984, 945; *Giur. comm.*, 1984, II, 725.

⁸ S. Satta, *Diritto fallimentare*, 391.

⁹ De Martini, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano 1956, 21

¹⁰ Cottino, *Diritto commerciale*, Padova 1978, 609

Il commercialista telematico

commerciale su richiesta del debitore e con l'approvazione dei creditori, che ricevono il soddisfacimento delle loro pretese obbligatorie chirografarie in percentuale¹¹.

Minoritario è apparso, invece, l'orientamento della giurisprudenza di merito, secondo cui il concordato fallimentare riveste natura giuridica di un contratto di diritto privato che interviene tra il debitore fallito ed i suoi creditori in relazione al quale la sentenza di omologazione svolge unicamente la funzione di *condicio iuris* dell'efficacia della stessa¹².

A questi orientamenti si è tuttavia replicato che non renderebbe corretto ridurre il concordato ad uno schema precostituito di tipo esclusivamente privatistico – negoziale o pubblicistico – processuale posto che se da un lato appare insuperabile il rilievo che l'attuazione del procedimento dipende pur sempre da un'iniziativa che è esclusiva del debitore, dall'altro vi è sempre bisogno dell'intervento del Giudice che si sovrappone alla deliberazione favorevole dei creditori e che può incidere negativamente con la sentenza di rigetto dell'omologazione¹³.

Con la legge di riforma, che per consenso unanime ha contrattualizzato l'insolvenza, non vi è dubbio che il concordato fallimentare abbia assunto un'impronta marcatamente privatistica, considerando l'estensione della legittimazione attiva, la libertà di contenuto della proposta, l'applicazione piena del principio maggioritario nel sistema di votazione e la sottrazione di poteri valutativi del giudice delegato, divenuto mero controllore della legalità.

Tuttavia è vero pure che vi è sempre necessario un provvedimento del Giudice e, nel caso di dissenso di alcune classi di creditori, vi è ancora un recupero di potere del tribunale sulla valutazione della proposta.

Appare allora ancora valida quella tesi che rifiuta di catalogare l'istituto in modo unitario ed inscindibile, preferendo, invece, una interpretazione che tenga conto di

¹¹ Provinciali, *Fallimento*, nov. Dig. It., Torino 1960, VI, 1124, D'Ippolito, *Circa la prassi di far pervenire il voto nel concordato fallimentare al curatore*, Corte Bari, Lecce, Potenza 1968, 203.

¹² Tribunale Massa 3 dicembre 1984, in *Fallimento*, 1985, 753

¹³ G. Lo Cascio, *Il Concordato preventivo*, Milano 1997, 152; dello stesso autore, *Il Fallimento e le alte procedure concorsuali*, Milano, 1998, 498

Il commercialista telematico

ciascuna norma privatistica e pubblicistica, in funzione della *ratio* che caratterizza le specifiche situazioni sostanziali e processuali da regolare¹⁴.

Passando ad analizzare la nuova impronta normativa, la prima novità è contenuta nel 1° comma dell'art. 124 l.f., che estende la legittimazione alla proposta di concordato ad uno o più creditori o ad un terzo.

La norma infatti stabilisce che “la proposta di concordato può essere presentata da uno o più creditori o da un terzo, anche prima del decreto che rende esecutivo lo stato passivo, purché i dati contabili e le altre notizie disponibili consentano al curatore di predisporre un elenco provvisorio dei creditori del fallito da sottoporre all'approvazione del giudice delegato”¹⁵.

Tale facoltà, a dire il vero, era già prevista dall'art. 831 del cod. comm. Che prevedeva la legittimazione di presentare la domanda di concordato anche al curatore, alla delegazione dei creditori ed a tanti creditori tali da rappresentare almeno un quarto del passivo¹⁶.

Invece, sotto la vigenza del vecchio art. 124 l.f., nonostante la lettera della norma, vi era chi riteneva che anche un terzo poteva presentare domanda di concordato, anche senza l'accordo con il fallito, in quanto nel diritto civile è consentito al terzo di pagare il debito altrui ex art. 1180 codice civile, anche senza il consenso e persino contro la volontà del debitore, o di assumere il debito ex art. 1272 codice civile¹⁷.

Va tuttavia evidenziato che tale possibilità non è stata prevista nella legge delega e dunque vi sarebbero dei dubbi circa la costituzionalità per eccesso di delega della norma nella parte in cui amplia i soggetti legittimati a presentare la domanda di concordato.

¹⁴ G. Lo Cascio, *Concordato fallimentare con assunzione: modifiche dello schema normativo degli effetti*, nota a Cass. 29 aprile 1992 n. 5147, Giust. Civ. 1992, I, 1709.

¹⁵ La possibilità per il terzo di presentare la domanda di concordato fallimentare comporta necessariamente un mutamento radicale della natura dell'istituto il quale prima aveva come proprio fulcro la persona del fallito ed oggi ha come proprio scopo il risanamento dell'azienda: sicchè, è stato affermato, che ben si comprende la ragione per la quale un tempo era quasi unanime la tesi che il debitore fosse l'unico legittimato attivo a proporre il concordato fallimentare. G. Jachia, *Del concordato fallimentare e della chiusura della procedura*, in *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*, a cura di Fabrizio Di Marzio, Torino, 2006, 756.

¹⁶ Anche il progetto di riforma della legge fallimentare redatto dalla commissione Pajardi prevedeva la possibilità che la proposta di concordato potesse essere presentata anche dal curatore, dai creditori e dai terzi.

¹⁷ P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, p. 558; *contra* A. Bonsignori.

Il commercialista telematico

Solo dopo il decorso di sei mesi dalla dichiarazione di fallimento e purché non siano decorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo, la proposta può essere presentata anche dal fallito, da società cui egli partecipi o da società sottoposte a comune controllo.

Risulta dunque penalizzato il debitore, il quale oltre a non poter presentare la proposta prima dei sei mesi dalla dichiarazione di fallimento, rischia che siano gli stessi creditori o un terzo a soffriargli la possibilità di una presentazione successiva.

Si è sostenuto che i due termini, iniziale e finale, vogliano da un lato incentivare l'imprenditore a presentare una domanda di concordato preventivo, dall'altro evitare che si ritardi la liquidazione concorsuale con proposte dilatorie e pretestuose.

Nel caso in cui sia una società a proporre il concordato, il novellato art. 152 l.f. stabilisce che per le società di capitali, se non è diversamente previsto dallo statuto, sono gli stessi amministratori a deliberarne la proposta e le relative condizioni, diversamente da quanto stabilito dalla disciplina anteriore, dove il potere di proposta era attribuito all'assemblea straordinaria, salvo delega agli amministratori.

Riguardo al contenuto della proposta, il secondo comma dell'art. 124 l.f., in linea con quanto già previsto nel concordato preventivo, in aderenza al principio più volte richiamato della massimizzazione dell'autonomia privata, prevede che esso possa avere ad oggetto 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. La norma, inoltre consente la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei e trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, indicando le ragioni dei trattamenti differenziati dei medesimi¹⁸.

¹⁸ La posizione giuridica non può che riguardare i creditori privilegiati mentre, gli interessi economici omogenei potrebbero interessare sia i creditori privilegiati che i creditori chirografari i quali, entrambi, possono avere interessi comuni, indipendentemente della natura (privilegiata o chirografaria) del loro credito. (G. M. Perugini, *La collocazione ed il soddisfacimento dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, in Fallimento on line). “La suddivisione dei creditori dovrebbe avvenire per classi e gruppi. Le classi dovrebbero essere espressione dei creditori che abbiano una medesima posizione giuridica, come i lavoratori dipendenti che sono assistiti dal privilegio, oppure i creditori

Il commercialista telematico

Altra novità che caratterizza il nuovo concordato fallimentare consiste nel fatto che il terzo può limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva¹⁹. Per gli altri creditori continuerà a rispondere il fallito, fermo quanto disposto dagli articoli 142 e seguenti in caso di esdebitazione.²⁰

chirografari. Nell'ambito di questi ultimi dovrebbero, poi, essere distinti i gruppi dei creditori secondo il loro interesse economico omogeneo, come quelli finanziari, i fornitori, i creditori di rilevante dimensione o di dimensione più piccola, i creditori che vantino ingenti crediti e i creditori che abbiano crediti modesti, ecc". (G. Lo Cascio, *Il nuovo concordato preventivo ed altri filoni giurisprudenziali*, in questa *Rivista*, 581, 2006). Nel concordato fallimentare non ci dovrebbero essere problemi ad ammettere la suddivisione in classi dei creditori privilegiati essendo previsto il loro soddisfacimento anche in percentuale, purchè non si alteri l'ordine delle cause legittime di prelazione.

¹⁹ Dottrina e giurisprudenza prevalente, sotto la previdente disciplina, in tema di concordato fallimentare con assuntore, già ritenevano che l'assuntore del concordato potesse rispondere solo limitatamente ai crediti ammessi al passivo, purché vi fosse una specifica clausola. (Cass. 26 aprile 1983, n. 2850). Si riteneva, e ritiene per i concordati che si proporranno in applicazione della ormai vecchia legge fallimentare, che l'assuntore del concordato fallimentare, se la proposta di concordato omologata non contenga alcuna clausola specifica per quanto concerne i creditori non insinuati, è tenuto al pagamento della percentuale concordataria anche a favore dei creditori anteriori all'apertura del fallimento che non abbiano presentato domanda di ammissione al passivo. tuttavia è valida ed efficace la clausola di concordato omologato con la quale l'assuntore limiti espressamente i propri obblighi al pagamento dei creditori già ammessi al passivo fallimentare, con esclusione di quelli non insinuati. Solo in sede di opposizione alla proposta di concordato può essere contestata, dal creditore non insinuato quale interessato, ai sensi dell'art. 129, legge fallimentare, la liceità di una clausola della proposta che leda i suoi diritti alla par condicio creditorum: ma passata in giudicato la sentenza di omologazione che tale clausola contenga, questa rimane pienamente operativa ed efficace anche nei confronti del creditore non insinuato. (Cass. 23 dicembre 1992 n. 13626, in *Il fallimento*, 1993, 708; Cass. 14 luglio 1965, n. 1491, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 42; *Dir. fall.*, 1965, II, 538 e 697 con nota di I. Schettini; *Foro it.*, 1966, I, 122). Si è anche sostenuto che è da ritenersi conveniente la proposta di concordato fallimentare che preveda la clausola di esclusione della responsabilità dell'assuntore verso i creditori non insinuati nel fallimento, solo a condizione che la cessione delle attività fallimentari all'assuntore sia soltanto parziale, di guisa che nel patrimonio dell'impresa fallita rimangano alcuni beni che possano costituire valida garanzia - ex art. 2740, Codice civile - per gli eventuali creditori non insinuati. (Tribunale Roma 12 gennaio 1982, in *Fallimento*, 1983, 443; *Fallimento e altre proced.*, 1983, 443).

²⁰ Art. 142. Esdebitazione. Il fallito persona fisica è ammesso al beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti a condizione che:

- 1) abbia cooperato con gli organi della procedura, fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all'accertamento del passivo e adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni;
- 2) non abbia in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura;
- 3) non abbia violato le disposizioni di cui all'articolo 48;
- 4) non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti la richiesta;
- 5) non abbia distratto l'attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito;
- 6) non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, e altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa, salvo che per tali reati sia intervenuta la riabilitazione. Se è in corso il procedimento penale per uno di tali reati, il tribunale sospende il procedimento fino all'esito di quello penale.

L'esdebitazione non può essere concessa qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali.

Restano esclusi dall'esdebitazione:

- a) gli obblighi di mantenimento e alimentari e comunque le obbligazioni derivanti da rapporti non compresi nel fallimento ai sensi dell'articolo 46;
- b) i debiti per il risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale nonché le sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti.

Sono salvi i diritti vantati dai creditori nei confronti di coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso.

Il commercialista telematico

Altra importante novità di rilievo è rappresentata dalla possibilità di prevedere nella proposta il pagamento non integrale dei creditori muniti di diritto di prelazione, pegno ed ipoteca, a patto che il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di vendita, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile al cespite o al credito oggetto della garanzia indicato nella relazione giurata di un esperto o di un revisore contabile o di una società di revisione designati dal tribunale. Sempre che il trattamento stabilito per ciascuna classe non alteri l'ordine delle cause legittime di prelazione.

Tale possibilità, sicuramente apprezzabile e conforme allo spirito della riforma volto a valorizzare l'accordo delle parti, e che sicuramente renderà il concordato fallimentare più appetibile di quello preventivo, per il quale ancora vige il divieto di pagare i creditori privilegiati in misura ridotta²¹, è tuttavia in evidente contrasto con la

²¹ Non è del tutto risolta la questione riguardante il pagamento dei creditori privilegiati nel concordato preventivo in quanto, in osservanza del tenore letterale della norma, l'esclusione dal diritto di voto dei creditori privilegiati di cui all'art. 177, terzo comma legge fallimentare farebbe propendere per il divieto di un eventuale pagamento in percentuale degli stessi, salvo che questi non rinuncino spontaneamente al privilegio. Tra le pronunce della giurisprudenza di merito cfr. Tribunale Torino, 17 novembre 2005, in questa *Rivista*, 2005, 691 e ss.; tribunale Sulmona, 6 giugno 2005, in questa *Rivista*, 2005, 800 e ss.

In una recente sentenza del tribunale di Palermo il collegio hanno fornito una interpretazione che diremo "di conciliazione" tra coloro che propendono per l'interpretazione letterale dell'art. 177 terzo comma e coloro che invece tendono verso un'applicazione privatistica della norma finalizzata alla soluzione pattizia della crisi. In particolare nella parte motiva si è evidenziato che "l'opinione largamente maggioritaria si fonda essenzialmente su due argomenti, l'uno di carattere generale-sistematico, l'altro letterale: a) le norme in materia di concordato preventivo non contengono alcuna deroga alle norme previste dalla legge in materia di cause di prelazione dei crediti, cosicché in assenza di una rinuncia espressa dei creditori prelatizi a tali norme non è possibile derogare; b) l'art. 177, terzo comma, legge fallimentare esclude dal voto i creditori prelatizi che non rinunciano al loro diritto, cosicché non potendo questi esercitare il diritto di voto le loro ragioni di credito non possono essere soggette a falcidia e devono necessariamente essere soddisfatte per intero". Tuttavia volendo "conformarsi maggiormente alla *ratio legis*, volta chiaramente a favorire la soluzione negoziale della crisi dell'impresa attribuendo un rilievo preminente alla volontà delle parti rispetto all'intervento del giudice (come testimoniato dalla scomparsa di ogni controllo di meritevolezza e convenienza ai fini dell'ammissione alla procedura concordataria), è necessario propendere per un'altra interpretazione della norma che tenga in considerazione il fatto che il consenso dei creditori deve essere acquisito nel corso della procedura e non preventivamente". Dunque qualora "il debitore proponga un concordato che preveda un pagamento percentuale dei creditori aventi diritti di prelazione, la domanda non sarà dunque inammissibile *ab origine* per difetto della di integrale soddisfacimento di questi ultimi, ma sarà comunque necessario che essi manifestino, prima dell'esercizio del diritto di voto, la loro intenzione di rinunciare o meno (totalmente parzialmente) al diritto di prelazione. Se rinunciano, saranno regolarmente considerati nell'ambito dei creditori ammessi al voto di quella determinata classe nella quale sono stati inseriti; qualora, invece, non rinunciano, non potranno più far parte di quella determinata classe nella quale sono stati originariamente inseriti dal debitore e dovranno essere soddisfatti integralmente. Ovviamente, tale ultima circostanza (la necessità di dovere pagare integralmente i creditori prelatizi non rinuncianti diversamente da quanto originariamente previsto nel piano) dovrà essere valutata dal Collegio in sede di omologazione, incidendo all'evidenza sulla concreta fattibilità del piano per come la stessa si è venuta configurando in epoca successiva alla sua proposizione". L'impostazione proposta – prosegue il collegio – "mira a favorire, nel solco della volontà del legislatore, le proposte concordatarie rimettendo alla valutazione dei creditori ogni giudizio di convenienza sulla proposta medesima, giudizio che passa anche per la rinuncia ad eventuali diritti di prelazione (e che in concreto può essere condizionato da molteplici

Il commercialista telematico

legge delega che autorizzava ad attribuire il diritto di voto al privilegiato solo quando questi volontariamente rinunci al privilegio, sottraendo alle disponibilità delle parti, al di fuori dell'ipotesi predetta, la previsione di un pagamento non integrale del privilegiato. La legge delegata anche in questa parte della norma avrebbe agito fuori dalla delega e quindi a rischio di una pronuncia di illegittimità costituzionale per eccesso di delega.

Questa nuova possibilità per il fallito di accordarsi anche con i privilegiati ha reso necessario intervenire sulla regolamentazione del diritto di voto prevedendo all'art. 127 l.f. comma 4, che in caso di soddisfazione non integrale dei creditori muniti di diritto di prelazione questi acquistano il diritto di votare la proposta in quanto vengono considerati chirografari per la parte residua del credito.

L'APPROVAZIONE DEL CONCORDATO E IL GIUDIZIO DI OMOLOGAZIONE

Acquisiti i pareri del comitato dei creditori e quello necessariamente favorevole del curatore, e del tribunale, qualora la proposta contenga condizioni differenziate per

fattori: il grado del diritto di prelazione cui si avrebbe diritto rispetto alla effettiva capienza del patrimonio del debitore, i tempi di soddisfacimento del diritto in misura integrale ecc.)". (Tribunale di Palermo, C. P. 4/05, Decreto del 17/02/2006, Pres. V. I. Marino, Rel. G. M. Nonno).

In dottrina si è sostenuto che potrebbero applicarsi al concordato preventivo le norme dettate per il concordato fallimentare, ma a parere di chi scrive, proprio in aderenza al senso letterale delle parole, nella loro formulazione tecnico – giuridica così come evidenziato dal tribunale di Torino, si deve escludere una siffatta estensione analogica, peraltro non giustificata non essendoci lacune del sistema. (L. Panzani, *La riforma delle procedure concorsuali, il secondo atto*, in *Quotidiano giuridico*).

Si è altresì sostenuto che la falcidia per volontà del debitore del credito privilegiato comporterebbe la lesione del principio costituzionale (piuttosto che degli artt. 3 e 2435) dell'art 42, terzo comma Cost., consistendo in un'evidente espropriazione del diritto di credito, senza alcun indennizzo. (A. Patti, *Presupposti e sindacato del giudice nel nuovo concordato preventivo*, [http://www. Tribunaledimonza. net/convegno2005/Monza%20Patti%20-](http://www.Tribunaledimonza.net/convegno2005/Monza%20Patti%20-))

Altra attenta dottrina ha ritenuto, invece, che non esiste alcuna norma che esclude la possibilità di pagare in misura ridotta i creditori privilegiati e che il legislatore della riforma della legge concorsuale ha in più occasioni apportato modifiche al sistema di soddisfazione dei creditori privilegiati come nell'amministrazione straordinaria, nel concordato fiscale ex art. 182 *ter* l.f. Se così non fosse la suddivisione dei creditori in classi avrebbe una portata assai limitata, dal momento che andrebbe a riguardare solamente i creditori chirografari che molto spesso ottengono percentuali di soddisfacimento, in sede di concorso, alquanto ridotte. (C. Ferri, *I crediti privilegiati nella disciplina del nuovo concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 695, 2006; L. Mandrioli, *Il piano di ristrutturazione nel concordato preventivo tra profili giuridici ed aspetti aziendalistici*, in questa *Rivista*, 1337, 2005).

È stato comunque sottolineato che la validità del meccanismo delle classi avrebbe certamente richiesto una revisione del sistema normativo delle prelazioni e della loro graduazione. (G. Lo Cascio, *Il nuovo concordato preventivo ed altri filoni giurisprudenziali*, in questa *Rivista*, 581, 2006).

Tale revisione non vi è stata e dunque la suddivisione in classi non può che riguardare i creditori chirografari.

Il commercialista telematico

singole classi di creditori, il giudice delegato ordina che la proposta venga comunicata ai creditori, specificando dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione. Nel medesimo provvedimento il giudice delegato fissa un termine non inferiore a venti giorni né superiore a trenta, entro il quale i creditori devono far pervenire nella cancelleria del tribunale eventuali dichiarazioni di dissenso.

Non è dunque più consentito al giudice delegato di valutare la convenienza economica della proposta e, quindi, di bloccarla prima ancora che giunga all'esame dei creditori.

Il concordato fallimentare, alla stessa stregua del concordato preventivo, è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto, mentre non rileva più alcuna maggioranza "per teste"²².

Nel caso in cui siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto nelle classi medesime.

A differenza di quanto già previsto dall'art. 160 l.f. per il concordato preventivo nel concordato fallimentare i trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei, devono essere motivati.

Come del resto già previsto nel concordato preventivo, vi è un recupero del potere di controllo del tribunale nel caso in cui vi sia il dissenso di una o più classi, infatti in tali ipotesi può disporre l'omologa qualora la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato e qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili²³.

Di conseguenza se si vuole evitare questo recupero di potere del tribunale è consigliabile ridurre le classi di creditori.

²² Il vecchio art. 128 comma 1 l.f. richiedeva per l'approvazione del concordato la maggioranza numerica dei creditori aventi diritto al voto che rappresenti almeno i due terzi della somma dei loro crediti.

²³ Si recepisce anche nel concordato fallimentare come in quello preventivo la cd. regola del *cram down*, principio appartenente alla legislazione statunitense, e consistente nella possibilità per il tribunale di approvare il concordato nonostante il dissenso di altre classi di creditori se la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato e qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili.

Il commercialista telematico

In ossequio ai principi e criteri dettati dalla legge delega anche la disciplina dell'omologa del concordato è stata radicalmente modificata, prevedendo due distinti procedimenti: uno di omologa e l'altro di approvazione.

Il primo si applica in caso di mancata opposizione nel termine fissato dal giudice delegato e di approvazione di tutte le classi in cui siano suddivisi i creditori. In tale ipotesi il tribunale si limita a verificare la regolarità della procedura e l'esito della votazione ed emette decreto motivato non soggetto a gravame.

Il secondo, invece, si applica quando siano proposte opposizioni da parte dei creditori ovvero la proposta sia stata approvata soltanto dalla maggioranza delle classi. In tali casi il tribunale provvede con decreto motivato, qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano essere soddisfatti nel concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

La proposta di concordato diventa efficace dal momento in cui sono decorsi i termini per l'opposizione all'omologazione, o dal momento in cui si esauriscono le impugnazioni previste dall'art. 129 l.f.

Contro il decreto che omologa la proposta di concordato può essere proposto reclamo dinanzi al corte di appello, che in pronuncia in camera di consiglio.

Il decreto pronunciato dalla corte di appello può essere impugnato dinanzi alla corte di cassazione nel termine di trenta giorni dalla data in cui è stato comunicato al debitore.

EFFETTI DEL CONCORDATO FALLIMENTARE

Quanto agli effetti, come previsto già dalla vecchia disciplina, salvo la clausola limitativa inserita nella proposta presentata dal terzo, l'art. 135 l.f.²⁴ stabilisce che il concordato è reso obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla apertura del fallimento, compresi quelli che non hanno presentato domanda di ammissione al

²⁴ Il concordato preclude ai creditori di realizzare, dopo la cessazione del fallimento, la parte insoddisfatta dei loro crediti perché la riduzione è definitiva, salvo il caso di riapertura del fallimento a seguito di risoluzione od annullamento del concordato (Cass. 214/1969).

Il precetto di pagamento notificato in forza di titoli di credito anteriori è inefficace (Trib. Velletri 4 novembre 1983)

Il commercialista telematico

passivo, nei confronti dei quali però non si estendono le garanzie date nel concordato da terzi²⁵.

Sono invece esclusi dagli effetti i coobbligati, i fideiussori del fallito e gli obbligati in via di regresso nei confronti dei quali i creditori conservano la loro azione per l'intero credito.

Tuttavia i creditori non possono più agire contro il fallito per la parte non soddisfatta del loro credito, permanendo invece per il residuo, una obbligazione naturale a carico del fallito.

ESECUZIONE, RISOLUZIONE E ANNULLAMENTO DEL CONCORDATO

Dopo l'omologazione del concordato gli organi della procedura non decadono dalla loro funzione, ma restano in carica per sorvegliare l'adempimento del concordato secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione.

Ai sensi dell'art. 137 l.f. il concordato può essere risolto se le garanzie promesse non vengono costituite in conformità del concordato o se il proponente non adempie regolarmente agli obblighi derivanti dal concordato e dal decreto di omologazione.

Il ricorso, avanzato d'ufficio o da uno o più creditori per la risoluzione del concordato, deve proporsi entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nel concordato.

Il concordato è, invece, annullabile ai sensi dell'art. 138 l.f., su istanza del curatore o di qualunque creditore, in contraddittorio del debitore, quando si scopre che è stato dolosamente esagerato il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo.

Il ricorso per l'annullamento deve proporsi nel termine di sei mesi dalla scoperta del dolo e, in ogni caso, non oltre due anni dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nel concordato.

²⁵ Cass., Sez. Unite, 26 luglio 1990, n. 7562.

Il commercialista telematico

Il decreto - e non più la sentenza - che risolve o annulla il concordato riapre la procedura di fallimento ed è provvisoriamente esecutivo. Esso è comunque reclamabile ai sensi dell'articolo 131.

Ottobre 2006