

Riforma del diritto fallimentare. Il nuovo concordato fallimentare

Roma, 9 Maggio 2008

Circolare N.19060

Confindustria

Fiscalita', Finanza e Diritto d'Impresa

Il Direttore Elio Schettino

Premessa

La disciplina del concordato fallimentare è stata modificata ed integrata dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169 (c.d. decreto correttivo), in vigore dal primo gennaio 2008.

Le modifiche sono volte a rendere la disciplina del concordato fallimentare più agevolmente applicabile e risultano coerenti con le finalità perseguite dalla legge fallimentare (LF) come modificata dal DL n. 35/2005 (conv. mod. L. n. 80/2005) e dalla riforma del 2006 (D.Lgs. n. 5/2006), ossia la valorizzazione del ruolo dell'autonomia privata per una gestione della crisi d'impresa finalizzata al risanamento aziendale.

Le disposizioni modificate sono:

- art. 124, commi 1, 3, 4, LF (proposta di concordato);
- art. 125, commi 1, 2 e 3, LF (esame della proposta e comunicazione ai creditori);
- art. 128, commi 1, 2 e 4, LF (approvazione del concordato);
- art. 129, LF (giudizio di omologazione);
- art. 131, LF (reclamo);
- art. 137, LF (risoluzione del concordato);
- art. 138, LF (annullamento del concordato).

Per il commento delle altre modifiche inserite dal decreto correttivo si rinvia alla [Circolare 11 gennaio 2008, n. 18992](#), relativa all'art. 1, LF, che contiene i nuovi parametri per assoggettamento a fallimento e a concordato preventivo, e alla [Circolare 27 marzo 2008, n. 19040](#), sulla disciplina del procedimento fallimentare.

Una circolare di prossima pubblicazione avrà ad oggetto invece le correzioni e le integrazioni apportate dal decreto correttivo alle disposizioni relative al concordato preventivo, agli accordi di ristrutturazione dei debiti e alla transazione fiscale.

1. Il processo di riforma della disciplina del concordato fallimentare

Nella legge fallimentare del '42 il concordato fallimentare era concepito come procedura di liquidazione del patrimonio attivo alternativa alla liquidazione fallimentare.

Per incentivare la scelta del concordato, l'art. 143, n. 2, LF, disponeva la riabilitazione civile a favore del fallito che avesse regolarmente adempiuto le obbligazioni derivanti dall'accordo, a condizione che il tribunale lo avesse ritenuto meritevole del beneficio e che la percentuale pagata oltre il termine di sei mesi ai creditori chirografari non fosse stata inferiore al 25%, oltre interessi.

La legittimazione ad effettuare la proposta di concordato fallimentare spettava unicamente al fallito, la cui offerta doveva prevedere, a pena di inammissibilità, l'intero pagamento dei creditori privilegiati e il pagamento ai creditori chirografari di una percentuale ritenuta conveniente dal giudice delegato (art. 124).

In sede di omologazione del concordato, il tribunale effettuava un vero e proprio controllo di convenienza della proposta, anche in assenza di opposizioni da parte dei creditori o di terzi, in linea con la concezione pubblicistica propria della disciplina concorsuale del '42, che privilegiava la tutela del pubblico interesse rispetto alla volontà espressa dalle parti coinvolte nella crisi d'impresa.

Con il D.Lgs. n. 5/2006 la disciplina del concordato fallimentare viene completamente modificata. L'istituto infatti non costituisce più una procedura finalizzata esclusivamente alla liquidazione, piuttosto rientra nel novero degli strumenti offerti dalla legge fallimentare per risanare o liquidare l'azienda in crisi.

La legittimazione alla presentazione della proposta di concordato viene estesa anche ai creditori, ai terzi e al curatore.

In merito al contenuto della proposta, l'art. 124 riformato prevede che la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori possa avvenire attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo o altre operazioni straordinarie, compresa l'attribuzione ai creditori o a società da questi partecipate di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito. Il pagamento dei creditori privilegiati può anche essere parziale.

Una delle modifiche più rilevanti è quella che prevede la possibilità di suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei, e l'attribuzione di trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse. Per mezzo della suddivisione dei creditori in

classi è possibile alterare, almeno parzialmente, il principio della par condicio creditorum vigente nel nostro ordinamento (v. art. 2741, c.c.), in forza del quale i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione (privilegio, pegno e ipoteca).

Con la suddivisione in classi, il principio della par condicio deve essere garantito solo all'interno di ciascuna classe (ad esempio la proposta può prevedere che creditori chirografari di una stessa somma, ma appartenenti rispettivamente alle classi A e B, ricevano uno 20 e l'altro 30. Ripartizione non ammissibile secondo la precedente disciplina, per effetto del principio della par condicio, posto che nell'esempio fatto i creditori avrebbero dovuto ricevere la stessa somma). La finalità dell'istituto, di origine statunitense, è di permettere una maggiore elasticità delle pattuizioni concordatarie.

Infine, per quanto riguarda la valutazione della convenienza economica del concordato, al tribunale non compete più un controllo generalizzato su contenuto della proposta. Solo in presenza di classi dissenzienti il tribunale può, infatti, valutare la convenienza della proposta e ritenerla economicamente vantaggiosa qualora idonea a soddisfare i creditori dissenzienti in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili (c.d. *cram down*).

Le modifiche apportate hanno portato ad un riequilibrio della disciplina del concordato fallimentare rispetto a quella del concordato preventivo, come modificata dal DL n. 35/2005 (conv. mod. L. n. 80/2005).

Con l'avvicinamento delle due discipline, l'istituto del concordato fallimentare entra a far parte del novero degli strumenti offerti alla autonomia privata per la risoluzione della crisi d'impresa, che le parti utilizzano a secondo del livello di crisi aziendale.

Tra le soluzioni negoziali offerte dalla legge fallimentare, ossia i piani di risanamento (art. 67, co. 3, lett. d, LF), gli accordi di ristrutturazione (art. 182 bis LF), il concordato preventivo (artt. 160 e ss., LF) e il concordato fallimentare (artt. 124 e ss. LF), è possibile individuare infatti un rapporto di gradualità, nel senso che al debitore e ai creditori viene offerto un ventaglio di strumenti modulati a seconda dello stato di crisi dell'azienda, al fine di permettere ai soggetti coinvolti dalla crisi di raggiungere un accordo e di garantirne la stabilità.

2. Natura giuridica del concordato

Il concordato fallimentare è un contratto concluso secondo il procedimento disciplinato dagli artt. 124 e ss. LF.

Il procedimento può essere distinto in tre fasi: la prima concerne l'iniziativa, all'interno della quale viene presentata con ricorso la proposta di concordato; la seconda riguarda l'approvazione della proposta da parte dei creditori, che determina il perfezionamento dell'accordo; la terza l'integrazione di efficacia dell'accordo per mezzo dell'omologazione del tribunale.

Il perfezionamento dell'accordo si ha nel momento in cui il proponente ha conoscenza della sua approvazione da parte dei creditori (che ai sensi dell'art. 129, co. 2, LF, avviene per effetto della comunicazione del curatore), ma la sua efficacia è condizionata al decreto di omologazione non più soggetto ad impugnazione (art. 130, co. 1, LF).

Sebbene l'art. 124 non richiami un piano che preveda la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori come stabilito invece dall'art. 160 LF in materia di concordato preventivo, la definizione di un programma da sottoporre ai creditori nel quale vengano indicati i tempi, le forme e le modalità di adempimento pare necessaria.

Sotto questo punto di vista il concordato costituisce un contratto atipico, che può contenere diverse tipologie di pattuizioni, quali: il contratto preliminare; il pactum de non petendo, mediante il quale si prevede una dilazione del termine di adempimento; il pactum ut minus solvatur, a mezzo del quale è possibile concordare con i creditori una riduzione del credito; la datio in solutum (art. 1197 c.c.), in base alla quale il debitore si libera della propria obbligazione eseguendo una prestazione differente da quella originariamente dovuta.

Considerato che il concordato può essere proposto e adempiuto da persone diverse dal fallito, cioè di colui che è titolare dei rapporti obbligatori oggetto dell'accordo, potrebbero ravvisarsi, a seconda dei casi, le fattispecie dell'adempimento del terzo (art. 1180 c.c.), della delegatio solvendi e promittendi (artt. 1268 e ss. c.c.), dell'espromissione (art. 1272 c.c.) e dell'accollo (art. 1273 c.c.).

3. Proposta di concordato

3.1. Soggetti legittimati

La proposta di concordato può essere presentata dal fallito, anche a mezzo di società cui egli partecipi o di società sottoposte a comune controllo; da uno o più creditori o da un terzo (art. 124, co. 1).

Prima dell'intervento correttivo la proposta di concordato poteva essere presentata anche dal curatore, come era possibile desumere dall'art. 129, co. 2, che faceva espresso riferimento alla proposta di questo organo. Il decreto 169, ha riscritto il comma 2 della disposizione omettendo il riferimento alla

proposta della curatela fallimentare. Anche la relazione ministeriale nulla dice sul punto. Ciò che ha dato luogo a due opposti orientamenti tra i primi commentatori del decreto.

Un primo, sostiene che la legittimazione del curatore non sia venuta meno con la modifica, in quanto la proposta proveniente da questo organo potrebbe essere annoverata tra quelle provenienti dai "terzi" ai sensi dell'art. 124, co. 1.

Un secondo orientamento ritiene invece tale interpretazione contraria al dato letterale della norma: il curatore del fallimento infatti non può certo definirsi "terzo", dal momento che è un organo della procedura, per cui si deve ritenere che la legittimazione di questo organo sia venuta meno a seguito del decreto correttivo.

3.2. Termini per la presentazione della proposta

La proposta di concordato è subordinata a diverse condizioni di ammissibilità, che variano a seconda del soggetto proponente.

Per la proposta dei terzi e dei creditori, qualora presentata prima del decreto che rende esecutivo lo stato passivo, l'art. 124, co. 1, richiede ai fini dell'ammissibilità che:

- sia stata tenuta la contabilità (precisazione introdotta dal decreto correttivo);
- i dati contabili e le notizie disponibili permettano al curatore di predisporre un elenco provvisorio dei creditori del fallito da sottoporre alla approvazione del giudice delegato.

Per quanto riguarda il fallito, l'art. 124, co. 1, prescrive che la proposta non possa essere presentata prima di dodici mesi dalla dichiarazione di fallimento (prima del decreto correttivo tale termine era di sei mesi) e oltre i due anni dal decreto di esecutività dello stato passivo.

Nella relazione ministeriale al decreto n. 169 si legge che l'innalzamento del termine prima del quale il fallito non può presentare la propria proposta ha lo scopo di incentivare quest'ultimo a fare ricorso alle soluzioni alternative al fallimento (concordato preventivo, accordi stragiudiziali e piani di risanamento).

Tale limite temporale appare tuttavia eccessivamente penalizzante per il fallito, considerato oltretutto che la preclusione temporale opera anche nel caso in cui il fallito abbia in realtà presentato una proposta di concordato o di accordo stragiudiziale non approvata dai creditori.

Con il secondo termine invece si impedisce al fallito di utilizzare manovre dilatorie finalizzate ad imporre ai creditori condizioni contrattuali più svantaggiose.

L'art. 124 LF pone i suddetti limiti temporali non solo alla proposta proveniente direttamente dal fallito ma anche a quella formulata da società cui egli partecipi o da società sottoposte a comune controllo.

Non è espressamente disciplinata la proposta della società controllante la società dichiarata fallita. Sul punto il Tribunale di Mantova, con decreto del 29 maggio 2007, ha ritenuto applicabili i limiti temporali posti dall'art. 124 anche alla proposta della società controllante al fine di evitare che la preclusione temporale venga aggirata.

3.3. Contenuto della proposta

In merito al contenuto della proposta va premesso che, come ricordato sopra, la riforma ha notevolmente ampliato, rispetto alla disciplina del '42, il novero delle pattuizioni che possono accedere al concordato.

Il proponente infatti può suddividere i propri creditori in classi e differenziare per ciascuna di esse il trattamento economico. In questo caso per l'ammissibilità della proposta è necessario che:

- la formazione delle classi sia avvenuta secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei;
- il trattamento differenziato riservato a ciascuna classe sia motivato dal proponente;
- il trattamento differenziato per ciascuna classe non alteri l'ordine delle cause legittime di prelazione.

Il contenuto della proposta può essere il più vario. In base all'art. 124 LF la proposta può infatti prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo o altre operazioni straordinarie, compresa l'attribuzione ai creditori o a società da questi partecipate di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito.

Attraverso la **cessione di beni** (espressione da intendersi comprensiva anche della cessione di diritti, come quelli di credito) il soddisfacimento dei creditori avviene mediante il trasferimento di uno o più beni, anche non appartenenti al complesso aziendale. La cessione può essere disposta direttamente a favore dei creditori ovvero a favore di un terzo (c.d. assuntore). Il terzo cessionario del bene può pagare il prezzo del bene direttamente ai creditori dell'imprenditore ovvero obbligarsi a pagarlo mediante accollo o altra operazione contrattuale. Anche il creditore può assumere la posizione di assuntore a seguito della cessione del bene, pagando od obbligandosi a pagare gli altri creditori, dopo aver detratto la percentuale del proprio credito. Dalla cessione può derivare un effetto liberatorio immediato per l'imprenditore oppure una obbligazione solidale con il terzo assuntore.

Attraverso l'**attribuzione delle attività dell'impresa** il soddisfacimento dei creditori avviene per mezzo dell'assegnazione di azioni, quote ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito. Tale attribuzione può avvenire direttamente a favore dei creditori oppure a società da questi partecipate. L'attribuzione può essere disposta anche a favore di un terzo assuntore che provvede al pagamento del prezzo della cessione direttamente ai creditori ovvero obbligandosi verso costoro al pagamento. Possono rendersi assuntori anche i creditori, nonché le società da questi partecipate o da costituire, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto dell'accordo.

Attraverso l'**accordo con un istituto bancario** il fallito può poi reperire la c.d. nuova finanza, necessaria al risanamento dell'impresa. A fronte di un nuovo finanziamento la convenzione può prevedere una postergazione dei vecchi crediti. Il soddisfacimento delle pretese della banca potrebbe prevedere un riscadenziamento dei debiti, con eventuale consolidamento in un'unica rata e riduzione del credito, la cessione dei beni, nonché l'attribuzione di quote, azioni, obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito.

La proposta può prevedere anche la **dilazione dei pagamenti** con o senza garanzie, per mezzo della quale il soddisfacimento dei creditori viene posticipato. La dilazione potrebbe essere eventualmente accompagnata dalla riduzione del credito o dalla prestazione di garanzie personali e/o reali.

Per **operazioni straordinarie** si intendono invece quelle operazioni come l'aumento di capitale, le fusioni, le acquisizioni, ecc.

La proposta può anche prevedere il **pagamento parziale** dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca. In questo caso, ai fini dell'ammissibilità, è necessario che il piano preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato dei beni o dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato dalla relazione di un esperto designato dal tribunale.

L'ultimo comma dell'art. 124 prevede la possibilità per il proponente di inserire nella proposta, oltre alla cessione dei beni, anche la **cessione delle azioni processuali** di pertinenza della massa. Prima del correttivo, la norma consentiva questa facoltà solo al terzo. Con la modifica apportata dal decreto 169 anche i creditori possono inserire nella propria proposta la clausola in esame. Si legge nella relazione ministeriale che la precedente limitazione creava un ingiustificata disparità di trattamento.

La proposta che prevede la cessione delle azioni di pertinenza della massa deve indicare per ogni azione l'oggetto e il fondamento della pretesa. La norma richiede poi che le azioni siano autorizzate dal giudice delegato. Con riferimento a quest'ultima condizione si deve ritenere che l'autorizzazione debba precedere, condizionandola, la cessione dell'azione di pertinenza della massa. Più precisamente, il mancato assenso del giudice all'esercizio dell'azione rende impossibile anche la sua cessione.

Il momento in cui tale autorizzazione deve essere rilasciata andrebbe allora individuato in una fase precedente all'inizio delle operazioni di voto, poiché il giudizio complessivo di convenienza dei creditori dovrebbe essere espresso anche in considerazione di questo aspetto del concordato, considerato che la mancata autorizzazione ad una o più azioni potrebbe far perdere di interesse la proposta da parte dei creditori e di conseguenza influenzare l'esito delle votazioni.

Una volta intervenuta l'autorizzazione si deve ritenere che il cessionario dell'azione non possa più modificare la domanda, a meno che non ottenga una nuova autorizzazione dal giudice delegato.

Cessionario dell'azione può essere lo stesso proponente oppure altro soggetto indicato nella proposta di concordato. Il proponente può anche limitare gli impegni assunti con la convenzione ai soli crediti ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli per i quali è stata proposta opposizione allo stato passivo o domandata tardivamente l'ammissione al passivo al tempo della proposta (art. 124, ult. co.). Il correttivo ha modificato la norma sostituendo al termine "terzo" quello di "proponente".

L'effetto della modifica è quello di permettere anche ai creditori che assumono impegni con il concordato di beneficiare della clausola limitativa.

I creditori che per effetto della limitazione non possono rivalersi sull'assuntore continuano a far valere il loro diritto nei confronti del fallito, salvi gli effetti della esdebitazione (su cui v. [Circolare 27 marzo 2008, n. 19040](#)).

3.3. Concordato delle società

Per la società di persone dichiarata fallita la proposta e le condizioni di concordato sono approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale sociale, mentre per le società di capitali, nonché per le società cooperative, dichiarate fallite la proposta e le condizioni di concordato sono deliberate dagli amministratori. Per le società di capitali e per quelle cooperative la deliberazione che approva il concordato deve risultare da verbale redatto da notaio ed essere iscritta nel registro delle imprese a norma dell'art. 2436 c.c.

Sia nelle società di persone che in quelle di capitali e cooperative l'atto costitutivo o lo statuto possono prevedere una disciplina differente in ordine alla deliberazione della proposta di concordato.

La proposta di concordato una volta approvata deve essere sottoscritta da coloro che hanno la rappresentanza sociale (art. 152 LF).

Salvo patto contrario, il concordato fatto da una società con soci a responsabilità illimitata ha efficacia anche di fronte ai soci e fa cessare il loro fallimento, tuttavia ciascun creditore particolare del socio può proporre reclamo contro il decreto di chiusura del fallimento del proprio debitore (art. 153).

L'art. 125, ult. co., dispone inoltre che se la società fallita ha emesso obbligazioni o strumenti finanziari oggetto della proposta di concordato, la comunicazione della proposta e' inviata agli organi che hanno il potere di convocare le rispettive assemblee, affinché possano esprimere il loro eventuale dissenso.

4. Esame e comunicazione della proposta ai creditori.

3.1. Giudizio di ammissibilità e comunicazione della proposta

La proposta di concordato deve essere presentata con ricorso al giudice delegato. L'art. 125 disciplina l'esame preliminare di ammissibilità e di convenienza economica della proposta, al cui esito positivo è condizionato il proseguimento della procedura.

Nella versione precedente alle modifiche introdotte dal decreto correttivo, la disposizione prevedeva l'obbligo per il giudice delegato di acquisire il parere del comitato dei creditori e del curatore con specifico riferimento ai risultati della liquidazione.

La trasmissione della proposta ai creditori da parte del giudice era condizionata al parere favorevole del curatore, titolare di un vero e proprio diritto di veto. Infatti, il giudizio negativo di quest'ultimo era in grado di impedire l'ulteriore sviluppo della procedura.

Il decreto 169 elimina il suddetto potere di veto in capo al curatore e dispone che il parere di questo organo deve essere reso con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte, in modo da comprendere anche le fattispecie di concordato con garanzia.

Il potere di veto che spettava al curatore viene trasferito dal decreto correttivo al comitato dei creditori, per cui è il parere favorevole di questo organo a diventare essenziale per la continuazione della procedura.

Viene altresì precisato con il decreto 169 che il controllo del giudice delegato deve limitarsi alla sola ritualità della proposta, ossia alla sua conformità alle norme che, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, attengono alle condizioni di ammissibilità della proposta. Rimane precluso all'autorità giudiziaria il controllo sulla convenienza economica dell'offerta in questa fase della procedura.

Per effetto delle modifiche:

- la valutazione del contenuto della proposta spetta al curatore e al comitato dei creditori;
- il parere negativo sul contenuto della proposta da parte del comitato dei creditori impone un veto alla prosecuzione del procedimento, mentre il parere negativo del curatore non ha alcun effetto vincolante sul giudice ai fini della continuazione della procedura;
- il controllo demandato al giudice delegato sull'ammissibilità della proposta attiene alla legittimità formale dell'iniziativa di concordato.

Tale disciplina è coerente con il nuovo assetto previsto dal decreto correttivo per i rapporti fra gli organi della procedura (si veda la già richiamata [Circolare 27 marzo 2008, n. 19040](#)).

Qualora la proposta preveda la suddivisione dei creditori in classi, il giudice delegato deve trasmettere la proposta anche al tribunale, affinché quest'ultimo valuti il corretto utilizzo dei criteri per la formazione delle classi di creditori di cui all'art. 124, co. 2, lett. a) e b), tenendo conto della relazione di cui al co. 3 dell'art. 124. Il controllo del tribunale ha per oggetto:

- la verifica della presenza di interessi e di posizione giuridica omogenei all'interno di ciascuna classe;
- la motivazione addotta dal proponente agli eventuali trattamenti differenziati per ciascuna classe;
- la verifica che il trattamento stabilito per ciascuna classe non alteri l'ordine delle cause legittime di prelazione;
- la verifica della relazione dell'esperto resa ai sensi di legge in presenza di una proposta che preveda il pagamento parziale dei creditori privilegiati (art. 124, co. 3).

Esauriti gli adempimenti sopra descritti, il giudice delegato ordina con decreto la trasmissione della proposta ai creditori, unitamente ai pareri del curatore e del comitato dei creditori, con le indicazioni per reperire i dati utili alla valutazione dell'offerta. Nella comunicazione il giudice informa i creditori che la mancata manifestazione di dissenso è considerata voto favorevole (c.d. silenzio assenso).

Con il medesimo provvedimento il giudice 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.

Ove i creditori siano in numero rilevante, il giudice delegato può autorizzare il curatore a pubblicizzare su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale il testo integrale dell'offerta. Tale pubblicazione equivale a comunicazione dell'offerta e perciò sostituisce la singola comunicazione che ai sensi dell'art. 125 deve essere effettuata ad ogni singolo creditore (art. 126).

4.2. La pluralità di offerte

Considerato che la legittimazione alla presentazione della proposta di concordato appartiene ad una pluralità di soggetti, può darsi il caso in cui le proposte di concordato siano più di una.

Prima del decreto correttivo, l'art. 125. co. 3, ult. cpv., disponeva la votazione contemporanea in presenza di una pluralità di proposte di concordato. In base alla vecchia disciplina tutte le proposte dovevano quindi essere comunicate contemporaneamente ai creditori.

Data l'impossibilità di pretendere dai soggetti legittimati il deposito contemporaneo delle proposte, si poneva il problema del limite temporale alla presentazione delle offerte successive, posto che il meccanismo della votazione contemporanea era potenzialmente idoneo a paralizzare il procedimento.

Infatti, in assenza di un termine finale per la presentazione delle proposte fissato dal legislatore, se ogni nuova offerta doveva essere messa in contemporanea votazione con le offerte precedenti, anche se quest'ultime erano state già state messe ai voti, l'unica soluzione possibile per garantire la simultanea votazione sarebbe stata la retrocessione del procedimento, ossia la revoca dell'ordine di comunicazione delle precedenti offerte.

Al riguardo, si sono formati diversi orientamenti in giurisprudenza. Secondo un primo, la presentazione di un offerta successiva determinava la revoca dell'ordine di comunicazione di un' offerta presentata preventivamente, al fine di garantire appunto la loro contemporanea votazione come prescritto dalla legge (in questo senso v. Tribunale Mantova, decreto 16 novembre 2007).

Tale interpretazione se, da un lato, favoriva il raggiungimento della soluzione migliore per i creditori, dall'altro, era idonea ad allungare eccessivamente i termini per la definizione del procedimento di concordato in contrasto con l'art. 1, co. 6, n. 12, della Legge n. 80/2005, che, nel fissare i criteri di delega per la riforma della disciplina del concordato fallimentare, ha disposto l'accelerazione dei tempi della procedura.

Secondo un diverso orientamento, la pluralità di proposte da porre in contemporanea votazione erano solo quelle presentate prima del decreto con cui il giudice delegato dispone la comunicazione di una o più proposte ai creditori. In base a tale interpretazione infatti una proposta presentata

successivamente al detto decreto andava dichiarata inammissibile in quanto tardiva (Tribunale Palermo, decreto 22 febbraio 2007).

Sul punto è intervenuto il decreto correttivo abrogando la norma dell'art. 125 che imponeva la contemporanea votazione in caso di pluralità di proposte.

Per effetto della modifica le offerte devono essere comunicate dal giudice delegato ai creditori nell'ordine in cui vengono presentate (v. Tribunale Milano, decreto 7 aprile 2008).

4.3. Sospensione della liquidazione

L'art. 125, co. 3, LF nella versione precedente la riforma del 2006 (D.Lgs. n. 5/2006) disciplinava il potere del giudice di sospendere la liquidazione a seguito della presentazione della proposta di concordato fallimentare.

La *ratio* della norma andava rintracciata nell'esigenza di garantire alla proposta, una volta approvata, di essere concretamente attuabile. Infatti, se durante la pendenza del procedimento di concordato la liquidazione fosse proseguita, il patrimonio attivo del fallito avrebbe potuto essere alterato in maniera tale da impedire la realizzazione del programma contenuto nell'offerta di concordato.

La riforma del 2006, nel riscrivere l'art. 125, ha abrogato il comma 3, eliminando così il potere del giudice di sospendere la liquidazione.

Considerata la ratio del potere di sospensione, la sua soppressione non appare affatto opportuna, posto che la mancanza di tale cautela potrebbe incidere sulla concreta funzionalità dell'istituto.

In una recente pronuncia, tuttavia, l'autorità giudiziaria ha disposto ugualmente la sospensione della liquidazione fallimentare in presenza di una domanda di concordato, ritenendo applicabile in materia l'art. 108 LF, che concede al giudice delegato il potere di sospendere la liquidazione con decreto motivato, in presenza di gravi e giustificati motivi, a condizione che vi sia istanza del fallito, del comitato dei creditori o di altri interessati, tra i quali rientra sicuramente anche la figura del proponente quando è persona diversa dal fallito (Tribunale Mantova, decreto 20 febbraio 2007).

5. Approvazione del concordato

5.1. Creditori aventi diritto al voto

L'art. 127 LF disciplina la legittimazione al voto dei creditori destinatari della proposta di concordato fallimentare.

Il co. 1 dispone che se la proposta è presentata prima che lo stato passivo venga reso esecutivo, hanno diritto al voto i creditori che risultano da un

elenco provvisorio predisposto dal curatore e approvato dal giudice delegato, altrimenti, legittimati al voto sono tutti i creditori che risultano indicati nello stato passivo reso esecutivo con decreto del giudice delegato.

In quest'ultimo caso sono legittimati al voto anche i creditori ammessi provvisoriamente e con riserva (v. art. 96 LF), dunque anche coloro che risultano titolari di crediti:

1. condizionati;
2. inesigibili nei confronti del fallito senza la previa escussione di un obbligato principale (si v. art. 55, ult. co., LF);
3. per i quali la mancata produzione del titolo dipende da fatto non riferibile al creditore, salvo che la produzione avvenga nel termine assegnato dal giudice;
4. accertati con sentenza del giudice ordinario o speciale non passata in giudicato, pronunciata prima della dichiarazione di fallimento;
5. la cui ammissione con riserva è prevista da specifiche disposizioni di legge.

Sono inoltre legittimati al voto i creditori la cui ammissione sia oggetto di impugnazione ai sensi dell'art. 98, co. 3, LF, o di revocazione ai sensi dell'art. 98, co. 4, LF.

Non hanno diritto di voto invece i creditori non ammessi al passivo che hanno presentato opposizione ai sensi dell'art. 98, co. 2, LF. Tuttavia, se la mancata ammissione al passivo riguarda solo una parte del credito, per la restante parte ammessa il creditore ha diritto di voto.

Sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze anche il coniuge della persona fallita, i suoi parenti ed affini entro il quarto grado e i cessionari o aggiudicatari dei crediti di dette persone nell'anno che precede la dichiarazione di fallimento (art. 127, co. 5). La norma in questo modo evita la possibilità che il fallito eserciti influenze sulla votazione della proposta.

La stessa disciplina si applica anche per i crediti delle società controllanti, controllate o sottoposte a comune controllo (art. 127, co. 6). Sono inoltre esclusi dal voto, ma non dal calcolo delle maggioranze, i crediti trasferiti dopo la dichiarazione di fallimento. Anche in questo caso la ratio è di evitare indebite interferenze sulle operazioni di voto (art. 127, ult. co.). La norma non trova applicazione nel caso di cessione alle banche o ad altri intermediari finanziari, in quanto l'acquisto del credito da parte di questi soggetti rientra nell'esercizio della loro attività istituzionale ed una eventuale esclusione del loro voto limiterebbe le possibilità per creditori interessati di monetizzare il loro diritto attraverso la cessione del credito alle banche.

Il co. 2 dell'art. 127 dispone che se la proposta di concordato prevede il pagamento integrale dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, questi non hanno diritto di voto, a meno che non rinuncino in tutto o in parte alla prelazione. Con la rinuncia alla prelazione i creditori privilegiati vengono equiparati ai creditori chirografari, quindi vengono ammessi al voto per la parte di credito non coperta da prelazione.

La rinuncia parziale non può tuttavia essere inferiore ad un terzo dell'intero ammontare del credito fra capitale e accessori (es. interessi, indennità di mora, ecc.), per impedire in tal modo al creditore di ampliare notevolmente la propria influenza nel voto e allo stesso tempo conservare una residua garanzia.

Il co. 3 della disposizione in esame prescrive inoltre che la rinuncia alla prelazione ha effetti solo ai fini del concordato, perciò in caso di mancata approvazione dell'accordo o di mancata omologazione da parte del tribunale, ovvero nei casi di risoluzione e annullamento del concordato il creditore riacquista il proprio diritto di prelazione.

La rinuncia alla prelazione e la manifestazione del voto da parte dei creditori privilegiati deve essere chiaramente espressa e deve pervenire alla cancelleria del giudice delegato, considerato che per questa categoria di creditori il meccanismo del silenzio-assenso non può trovare applicazione.

Se la proposta di concordato prevede il pagamento parziale dei creditori muniti di diritto di prelazione, tali creditori sono equiparati a quelli chirografari e quindi sono ammessi al voto per la parte di credito decurtata (art. 127, co. 4).

5.2. Le maggioranze richieste per l'approvazione

L'art. 128 LF, come modificato dal decreto n. 169, dispone che per l'approvazione della proposta di concordato è necessario il voto favorevole dei creditori rappresentanti la maggioranza dei crediti ammessi al voto.

La maggioranza quindi non viene calcolata sulla base dei creditori votanti, bensì sulla base dell'ammontare complessivo dei crediti ammessi al voto (ad es. se l'ammontare complessivo dei crediti ammessi al voto è pari a 100 e i creditori votanti sono A, creditore per 60, B, creditore per 25, e C, creditore per 15, per l'approvazione della proposta basta il voto favorevole anche del solo creditore A, viceversa il voto favorevole di B e C e quello contrario di A non comportano approvazione della proposta anche se ad averla votata è stata la maggioranza dei creditori).

Nel caso di suddivisione dei creditori in classi, la maggioranza deve essere presente anche nel maggior numero di classi votanti (ad es. se le classi sono quattro, la prima comprendente creditori privilegiati che non rinunciano alla prelazione, la seconda, la terza e la quarta comprendenti creditori chirografari,

è necessario il voto favorevole di almeno due classi ai fini dell'approvazione della proposta, posto che la prima classe non vota e quindi è esclusa dal computo della maggioranza).

Ai fini dell'approvazione del concordato, qualora la proposta preveda la suddivisione dei creditori in classi, è necessaria dunque una doppia maggioranza: devono infatti essere favorevoli all'approvazione della proposta la maggioranza dei creditori e delle classi votanti. Nella versione precedente al decreto correttivo, l'art. 128, co. 2, LF, richiedeva invece il voto favorevole di tutte le classi votanti ai fini dell'approvazione della proposta di concordato.

Tuttavia, la mancata approvazione di una o più classi non impediva al concordato di essere omologato, poiché l'art. 129 LF, anch'esso modificato dal decreto correttivo come vedremo nel paragrafo seguente, permetteva al tribunale di omologare l'accordo qualora la proposta fosse stata ritenuta conveniente per i creditori e avesse riportato il voto favorevole della maggioranza delle classi (c.d. *cram-down*).

6. Il giudizio di omologazione

Il correttivo ha apportato significative novità anche per quanto riguarda il giudizio di omologazione (art. 129 LF).

Prima della modifica, tale giudizio si incardinava innanzi al tribunale senza la necessità di una domanda di parte ed aveva ad oggetto la verifica della regolarità della procedura e l'esito della votazione.

In presenza di uno o più ricorsi in opposizione, il tribunale poteva omologare il concordato solo a seguito di una istruttoria in contraddittorio tra le parti, necessaria sempre alla verifica della regolarità della procedura e dell'esito delle votazioni.

La presenza di classi dissenzienti costringeva invece il proponente ad esperire un ricorso al tribunale per ottenere l'omologazione del concordato. In questo caso il giudizio aveva ad oggetto anche la convenienza economica dell'accordo, considerato che l'omologazione poteva essere rilasciata solo qualora il tribunale avesse riconosciuto l'idoneità del concordato a garantire ai creditori appartenenti alle classi dissenzienti una soddisfazione in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili (c.d. *cram down*).

Il decreto 169 apporta alcune rilevanti modifiche. Anzitutto, il tribunale può pronunciarsi sull'omologazione del concordato solo ed esclusivamente su impulso del proponente, che con ricorso deve domandare l'omologazione, a prescindere dalla presenza o meno di classi dissenzienti.

L'art. 129, come modificato dal decreto correttivo, prescrive infatti che se il concordato è stato approvato il giudice delegato ordina al curatore di darne comunicazione al proponente, affinché chieda con ricorso al tribunale l'omologazione dell'accordo, nonché al fallito e ai creditori dissenzienti, ai fini della proposizione da parte di costoro di eventuali opposizioni.

La presenza di opposizioni continua ad avere rilevanza per l'apertura di una fase istruttoria che deve precedere la verifica della regolarità della procedura e l'esito delle votazioni da parte del tribunale.

In presenza di classi dissenzienti, il giudizio di convenienza del tribunale, secondo il meccanismo del *cram down*, continua ad essere subordinato ad un impulso di parte, solo che nella nuova formulazione dell'art. 129 tale impulso non deve più provenire dal proponente, bensì da uno dei creditori appartenenti alla classe dissenziente, che con ricorso deve contestare la convenienza economica della proposta.

Il comma 2 dell'art. 129 dispone che il giudice delegato, ricevuta la relazione del curatore avente ad oggetto l'esito positivo delle votazioni, deve fissare con decreto un termine non inferiore ai quindici giorni e non superiore ai trenta giorni entro il quale ogni interessato può proporre con ricorso al tribunale l'opposizione all'omologazione del concordato.

Quanto ai soggetti legittimati alla proposizione di opposizioni si devono annoverare tra di essi non solo i creditori dissenzienti, ma anche quelli che hanno espresso un voto favorevole alla proposta, i quali potrebbero contestare ad esempio il mancato raggiungimento della maggioranza o la irregolarità delle scritture prodotte. La legittimazione all'opposizione spetta poi anche ai terzi interessati, si pensi ad esempio ai fideiussori e ai coobbligati in solido.

Per quanto riguarda la procedura del giudizio di omologazione, il rito applicabile è quello camerale, che risulta più celere e snello rispetto al rito ordinario.

Il giudizio di omologazione può assumere due varianti. Una prima ipotesi riguarda il caso in cui non vengano proposte opposizioni da parte del proponente. In questo caso il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito favorevole delle votazioni, omologa il concordato con decreto non impugnabile.

Viceversa se vengono proposte opposizioni, compresa in tale accezione anche la contestazione della convenienza economica della proposta da parte di un creditore appartenente ad una classe dissenziente, il tribunale assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio.

Conclusa l'istruttoria e decise le opposizioni, il tribunale rigetta o accoglie la richiesta di omologazione con decreto pubblicato a norma dell'art. 17 LF.

Il decreto può essere impugnato mediante reclamo alla corte di appello entro trenta giorni dalla notificazione. La corte di appello provvede con decreto, a sua volta impugnabile mediante ricorso in cassazione entro trenta giorni dalla notifica del provvedimento (art. 131, LF).

7. Esecuzione, risoluzione ed annullamento del concordato

Divenuto definitivo il decreto di omologazione, il tribunale dichiara con proprio decreto la chiusura del fallimento (art. 130, co. 2, LF).

Dopo l'omologazione del concordato, il giudice delegato, il curatore e il comitato dei creditori ne sorvegliano l'adempimento, secondo le modalità prescritte nel decreto di omologa (art. 136, co. 1, LF).

Eseguite le obbligazioni che discendono dal concordato, il giudice delegato ordina lo svincolo delle cauzioni e la cancellazione delle ipoteche prestate, può inoltre adottare ogni altro provvedimento necessario per il conseguimento delle finalità del concordato (art. 136, co. 3, LF).

Con l'esecuzione del concordato l'ex fallito si libera dei propri debiti nei confronti di tutti i creditori anteriori all'apertura del fallimento, compresi quelli che non hanno presentato domanda di ammissione al passivo e che perciò non hanno votato la proposta di concordato. A questi ultimi inoltre non si estendono le garanzie prestate nel concordato da terzi (art. 135, co. 1, LF).

Non vengono liberati con l'esecuzione del concordato i coobbligati, i fideiussori del fallito e gli obbligati in via di regresso, che perciò continuano a rispondere per l'intero nei confronti dei creditori (art. 135, co. 2).

Il concordato può essere sciolto per inadempimento del proponente agli obblighi derivanti dal concordato, ovvero nel caso in cui le garanzie promesse non vengono costituite. La risoluzione, che con il decreto correttivo può essere chiesta solo dai creditori e non può più essere disposta anche d'ufficio dal tribunale, viene dichiarata con sentenza, la quale comporta anche la riapertura del fallimento (art. 137 LF).

Il ricorso per la risoluzione del concordato è inammissibile qualora venga proposto decorso un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal concordato (art. 137, co. 6, LF).

Il concordato può essere anche annullato qualora venga scoperta una dolosa esagerazione del passivo, ovvero la sottrazione o dissimulazione di una parte rilevante dell'attivo. Per nessuna altra ragione il concordato può essere

annullato, dunque non trovano applicazione le altre cause di annullabilità dei contratti previste in generale dagli artt. 1425 e ss., c.c. (art. 138, co. 1, LF).

Il ricorso per l'annullamento è inammissibile qualora venga proposto oltre i sei mesi dalla scoperta del dolo, ovvero oltre i due anni dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento (art. 138, co. 3, LF).

Come per la risoluzione, la sentenza che annulla il concordato riapre la procedura fallimentare.

Marcella Panucci

Per informazioni rivolgersi a:

ASFD - Affari Legali, Finanza e Diritto d'Impresa | *Riferimento:* Panucci Marcella
Telefono: 065903350 | *E-mail:* m.panucci@confindustria.it

ASFD - Affari Legali, Finanza e Diritto d'Impresa | *Riferimento:* Ravazzolo Marco
Telefono: 065903784 | *E-mail:* m.ravazzolo@confindustria.it