

VALENTINA FERRARO*

Il Concordato Fallimentare

1. Finalità e caratteristiche del nuovo concordato fallimentare. La legittimazione a proporre il concordato. 2. Il contenuto della proposta di concordato. La suddivisione dei creditori in classi. 3. Il ruolo degli organi della procedura. 4. L'approvazione della proposta e il procedimento di omologazione. 5. Esecuzione. Risoluzione e annullamento. Considerazioni conclusive.

1. Finalità e caratteristiche del nuovo concordato fallimentare. La legittimazione a proporre il concordato.

Il nuovo concordato fallimentare si presenta con caratteristiche innovative rispetto all'omologo istituto disciplinato dalla legge fallimentare del '42. Per comprenderne l'essenza – e per meglio avvertire le ragioni delle novità normative che lo contraddistinguono - occorre porlo in ideale collegamento con il concordato preventivo come recentemente riformato, e percepire come esso completi, se così si può dire, il disegno riformatore che sta alla base della configurazione dei possibili approcci alle crisi d'impresa che intendano essere alternativi alla liquidazione concorsuale.

Il concordato preventivo costituisce, come è noto, un'opportunità riservata al solo debitore. L'idea che esso fosse disponibile anche per i creditori era stata attentamente esaminata nell'ambito dei lavori della commissione ministeriale preposta ad elaborare i progetti ed aveva anche riscosso diffuso favore, sul riflesso che lasciare al solo debitore l'iniziativa avrebbe comportato il rischio di veder perdere occasioni di salvataggio di organismi produttivi in crisi ma ancora "*viables*", a causa dell'endemico ritardo con il quale il debitore è portato a percepire le reali difficoltà dell'impresa e ad

* Avvocato.

assumere le iniziative necessarie. Di qui, appunto, la proposta che l'accesso alla procedura di concordato fosse possibile anche ad iniziativa dei creditori. Contro questa soluzione militavano tuttavia solidi argomenti. La domanda di concordato è frutto di una valutazione delle possibilità dell'impresa di superare la crisi che non può che derivare dallo stesso imprenditore, tanto più ove essa consegua ad una situazione di crisi che non si sia ancora tradotta in insolvenza: consentire a terzi estranei all'imprenditore di aprire una procedura concorsuale alternativa al fallimento in assenza di accertata insolvenza significherebbe violare il principio di libertà economica che trova radici addirittura nella nostra Costituzione ed aprire le porte a pericolose intromissioni nell'autonomia dell'iniziativa economica.

Il tempestivo intervento volto a limitare gli effetti negativi della crisi irreversibile, a valorizzare quanto di positivo ancora sussista nell'impresa decotta e a contenere le ripercussioni negative per i creditori costituisce tuttavia un'esigenza reale, alla quale intende appunto dare risposta la nuova disciplina del concordato fallimentare. Il nuovo art. 124 prevede infatti che la proposta di concordato possa essere presentata da uno o più creditori o da un terzo, categoria nella quale, seppure non detto esplicitamente, può essere compreso lo stesso curatore, anche prima del decreto che rende esecutivo lo stato passivo.

Il sistema degli interventi sulla crisi d'impresa si completa così con le nuove regole del concordato fallimentare: se è riservata al solo debitore l'iniziativa per un intervento protettivo (il cosiddetto "ombrello giudiziale") volto a favorire gli accordi tra debitore e creditori in presenza di una situazione di insolvenza confessata dal debitore ma non accertata giudizialmente in via autonoma, ovvero anche solo di una crisi che non si sia ancora tradotta in insolvenza (che è, come è noto, impossibilità definitiva di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni), l'iniziativa dei creditori volta ad evitare le conseguenze negative della liquidazione fallimentare è sì consentita ma solo in presenza dell'insolvenza e solo se preceduta da un accertamento giudiziale di tale insolvenza. I creditori possono quindi chiedere la dichiarazione di fallimento ed in un momento immediatamente successivo possono formulare la proposta di concordato: l'art. 124 consente

infatti ora che la proposta sia presentata 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.

E' chiaramente percepibile l'influenza esercitata dalla recente disciplina tedesca dell'insolvenza sulla nuova configurazione del concordato fallimentare (così come, d'altronde, è evidente il collegamento tra il nuovo concordato preventivo e la *Corporate Reorganization* del *Chapter 11* statunitense). A sua volta, la previsione che la proposta di concordato possa essere formulata dallo stesso curatore, che ha un precedente nella disciplina speciale delle grandi imprese in crisi, riflette la predisposizione del legislatore a favorire ogni possibile alternativa alla liquidazione fallimentare anche dopo che sia stato dichiarato il fallimento.

La proposta di concordato può essere presentata anche da un terzo. Si tratterà in questo caso di un assuntore, il quale, anche senza il consenso del fallito, proporrà ai creditori di soddisfarli con determinate modalità e con conseguente acquisizione dell'attivo fallimentare. Ma la formula adottata lascia aperta ogni possibilità di un qualsiasi terzo di intervenire con una propria proposta. Il che prospetta l'eventualità che le proposte di concordato siano più d'una, e in concorrenza tra loro: in tal caso, al fine di evitare perniciosi allungamenti e confusione nella procedura, l'art. 125 prevede che le proposte debbano essere portate in votazione contemporaneamente. Il che non esclude, peraltro, che possano esservi proposte in momenti temporalmente successivi e che le stesse possano essere sottoposte ai creditori.

Il fallito conserva la legittimazione a proporre il concordato, ma con limitazioni di ordine temporale: la domanda non può essere proposta se non dopo il decorso di un anno dalla dichiarazione di fallimento e purché non siano decorsi due anni dal decreto di esecutività dello stato passivo. Queste limitazioni hanno una loro precisa ragion d'essere: la prima intende favorire il ricorso al concordato preventivo, stimolando il debitore a fare ricorso a quest'ultima soluzione in via prioritaria; la seconda intende

impedire iniziative del debitore defatigatorie e tendenti ad intralciare l'esecuzione concorsuale ormai in atto da un tempo significativo. In sostanza il sistema, pur considerando con favore il concordato fallimentare, indica al debitore che la soluzione da preferire è quella del concordato preventivo.

2. Il contenuto della proposta di concordato. La suddivisione dei creditori in classi.

Le novità concernenti il contenuto della proposta sono rilevanti e sono, in larga parte, in sintonia con quelle del concordato preventivo, ma risulta ancora ulteriormente deformalizzata.

L'art. 124 non prevede che la proposta indichi la percentuale di soddisfacimento dei creditori, che nel sistema precedente era invece obbligatoria, anche se svincolata da limiti minimi. Prevede invece che il soddisfacimento dei crediti possa avvenire *“attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da queste partecipate, di azioni, quote ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito”*.

La formula usata è quanto di più ampio si possa immaginare, ed è forse anche un po' sovrabbondante rispetto alle concrete prospettive del concordato fallimentare, istituto destinato pur sempre, a differenza del “cugino” concordato preventivo, ad essere fruibile unicamente per le insolvenze di dimensioni relativamente modeste, ricadenti nell'ambito della disciplina del fallimento. E' peraltro significativa, e va valutata positivamente, la possibilità della cessione dei beni ai creditori accanto alla già sperimentata formula della cessione all'assuntore, il quale può essere autorizzato ad esperire non soltanto le azioni revocatorie, ma anche qualsiasi altra azione di pertinenza della massa, purché autorizzata dal giudice delegato.

Anche nel concordato fallimentare è prevista la possibilità della suddivisione dei creditori in classi *“secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei”*. Una opportunità, questa, che presumibilmente avrà migliori *chances* di

successo nelle crisi di maggiori dimensioni, e quindi, semmai, nell'ambito del concordato preventivo, ove i "grandi numeri" di alcune crisi consentiranno più facilmente distinzioni nell'ambito di masse numerose di creditori chirografari.

Un'importante e positiva novità è rappresentata dalla possibilità che la proposta preveda che i creditori muniti di diritto di prelazione non vengano soddisfatti integralmente, *"purché il piano ne 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 attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d) designato dal tribunale"*. Riceve così la corretta soluzione un problema che è invece rimasto irrisolto nel concordato preventivo o che, piuttosto, si è voluto risolvere in termini negativi escludendo la possibilità di un trattamento in percentuale anche dei crediti assistiti da garanzia. La ragione di soluzioni in apparenza così incomprensibilmente differenti sta presumibilmente nella maggiore cura con la quale è stata costruita la disciplina del concordato fallimentare (ed anche in una certa disattenzione di determinate *lobbies* economiche verso questo istituto dopo che le stesse avevano esercitato la loro diffusa pressione nella costruzione della disciplina del concordato preventivo).

3. Il ruolo degli organi della procedura.

In sintonia con la generale riduzione di poteri degli organi giudiziari della procedura, che costituisce il *leit motiv* della riforma, la disciplina del concordato fallimentare limita la funzione del giudice delegato, al quale viene sottratto il potere, ampiamente discrezionale di valutare la convenienza della proposta. L'art. 125 prevede che il giudice delegato chieda il parere del Curatore, *"con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione ed alle garanzie offerte"*.

Un ruolo determinante riveste invece, in questa fase preliminare, il Curatore, il quale è chiamato ad esprimere il proprio parere sulla bontà della proposta, e quindi sulla convenienza per i creditori rispetto alla

prosecuzione della liquidazione. Solo se il Curatore esprimere parere favorevole la proposta può essere comunicata ai creditori.

Anche il comitato di creditori esercita un ruolo di primo piano: il giudice delegato chiede anche al comitato di esprimere il proprio parere. Tuttavia questo parere assume una importanza decisamente inferiore a quella riservata al parere del curatore: solo quest'ultimo riveste un significato decisivo in relazione alla trasmissione della proposta ai creditori. In definitiva la funzione del comitato dei creditori finisce per essere ridimensionata nella procedura di concordato; emerge piuttosto come determinante la posizione del curatore, la cui opinione può realmente condizionare la stessa ammissibilità della proposta e lo svolgimento del successivo iter processuale diretto alla formazione del consenso dei creditori.

4. L'approvazione della proposta e il procedimento di omologazione.

L'approvazione della proposta di concordato da parte dei creditori avviene con l'adozione del tradizionale sistema di silenzio-assenso: l'art. 125 dispone che il giudice delegato *“fissa un termine non inferiore a venti giorni ne' superiore a trenta, entro il quale i creditori devono far pervenire nella cancelleria del tribunale eventuali dichiarazioni di dissenso”*.

Sono ammessi al voto i creditori elencati nello stato passivo, anche se ammessi solo con riserva, condizionatamente o provvisoriamente o indicati nell'elenco provvisorio di cui all'art. 124, 1° comma. Per quanto riguarda i creditori privilegiati, nel caso in cui essi votino perderanno il privilegio: qualora la proposta preveda un loro soddisfacimento parziale essi saranno ammessi al voto per la parte destinata ad essere parzialmente soddisfatta. Restano ferme le tradizionali preclusioni al voto dei soggetti considerati *“vicini”* al fallito.

Il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Qualora siano previste classi di creditori il concordato è approvato *“se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di classi”*.

Tuttavia, ove non tutte le classi votino favorevolmente ma purchè sia comunque conseguita l'approvazione da parte della maggioranza dei crediti ammessi al voto, è consentito al tribunale omologare il concordato nella sussistenza dello stesso presupposto presente nella procedura di concordato preventivo: il tribunale è chiamato a verificare se i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato "*in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili*". Questa formula può apparire eccessivamente ampia e destare perplessità; meglio sarebbe stato fare espresso riferimento alla prosecuzione della liquidazione fallimentare. Ma si tratta di una formula già presente nella nuova procedura di concordato preventivo e trasmigrata nella riforma del fallimento dalla disciplina dei provvedimenti Parmalat.

L'approvazione del concordato da parte del tribunale si svolge nelle forme che ricalcano anch'esse quelle del concordato preventivo, ma che risultano migliori di quelle previste per quell'istituto.

Il curatore presenta al giudice delegato una relazione sull'esito della votazione e non è più chiamato a svolgere una relazione sulla opportunità né sulla fattibilità del concordato, proprio perché ai creditori la legge affida il potere di approvare o di dissentire dalla proposta e perché, come si è detto, il curatore ha già esercitato il suo potere di "interdizione" all'inizio della procedura.

In caso di approvazione dei creditori il giudice delegato dispone l'immediata comunicazione al proponente, al fallito e ai creditori dissenzienti e fissa un termine non inferiore a quindici giorni e non superiore a trenta per la proposizione di eventuali opposizioni.

In caso di assenza di opposizioni il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame. Il controllo del tribunale è in questo caso di pura legittimità, essendogli preclusa ogni valutazione sulla convenienza e sulla fattibilità del concordato stesso. Occorre pertanto che i creditori dissenzienti risultati in minoranza nell'ambito delle singole classi propongano opposizione affinché il tribunale possa scendere nel merito delle eventuali ragioni per la non omologazione del concordato. Ma anche

qui, come per il concordato preventivo, resta aperto l'interrogativo sullo spazio riservato al tribunale nella valutazione, quantomeno, della fattibilità del piano. Un interrogativo che solo la giurisprudenza consentirà di sciogliere.

Nel caso in cui si sia verificato il dissenso di qualche classe di creditori, e sempre ovviamente che sussista l'approvazione della maggioranza dei crediti, al tribunale è consentito valutare se i creditori appartenenti alle classi dissenzienti *“possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili”*. Si tratta della stessa formula adottata per il concordato preventivo, che riecheggia, come è noto, la soluzione adottata nel *Chapter 11* con la formula altrettanto nota del *cram down*.

Il provvedimento del tribunale è soggetto a reclamo, che verrà deciso dalla corte d'appello in camera di consiglio. Questo provvedimento è assoggettabile al ricorso per cassazione.

5. Esecuzione. Risoluzione e annullamento. Considerazioni conclusive.

L'esecuzione del concordato è soggetta a controllo del giudice delegato, del curatore e del comitato dei creditori secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione (art. 136).

I giudizi di risoluzione del concordato (per inadempimento o per mancata prestazione delle garanzie promesse) e di annullamento dello stesso (per vizi originari della proposta o per falsa rappresentazione della situazione patrimoniale del fallito, determinante un incremento del passivo o una sottrazione dell'attivo) hanno sostanzialmente le medesime caratteristiche già presenti nella vecchia disciplina.

Una disciplina che vede comprensibilmente emarginato il ruolo del debitore fallito, al quale, come si è detto, le maggiori opportunità vengono riconosciute nell'ambito del concordato preventivo, e che intende perseguire il migliore risultato per i creditori. Sarebbe stato forse peraltro opportuno prevedere la possibilità di opposizione da parte dello stesso fallito per l'ipotesi in cui la proposta risultasse contraria ai propri interessi.

Come si è visto il curatore conserva una funzione determinante in sede di apertura della procedura ma i protagonisti sono i creditori chiamati a prestare il loro assenso, proprio in ragione della giusta importanza attribuita ai creditori, e tenendo nel contempo conto che la proposta può, secondo la legge, provenire da un qualsiasi terzo, e quindi anche da un gruppo di creditori, una qualche carenza della nuova disciplina normativa può rilevarsi sul fronte della regolamentazione (o meglio sarebbe dire della non-regolamentazione) dei possibili conflitti di interessi che potrebbero emergere laddove fosse lo stesso gruppo “forte” di creditori a proporre, da un lato, il concordato e ad approvarlo. Emergerebbe così l’ipotesi del “contratto con se stesso”, sul quale peraltro le regole e l’esperienza civilistica saranno di opportuno supporto.

V. FERRARO, *Il Concordato Fallimentare*, 4 Businessjus -- (2014)

Unless otherwise noted, this article and its contents are licensed under a
Creative Commons Attribution 3.0 Generic License.
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/>

Se non altrimenti indicato, il contenuto di questo articolo è rilasciato secondo i termini della licenza
Creative Commons Attribution 3.0 Generic License.