

CORSO DI DIRITTO FALLIMENTARE

Ancona, 28 aprile 2006

* * *

La nuova proposta di concordato fallimentare

Intervento di LUCA MANDRIOLI

Centro Studi di diritto fallimentare di Modena

*(*Dottore commercialista in Modena – Professore a contratto di diritto fallimentare nell'Università di Modena e Reggio Emilia)*

* * *

SOMMARIO: 1. I soggetti legittimati – 2. I tempi della proposta – 3. Il contenuto della proposta – 4. La suddivisione in classi e i trattamenti differenziati fra i creditori – 5. La ristrutturazione dei debiti ed il soddisfacimento dei crediti – 6. Il trattamento dei creditori privilegiati – 7. L'obbligatorietà del piano – 8. La perizia – 9. La cessione delle azioni e la limitazione di responsabilità del proponente.

* * *

1. I soggetti legittimati

A decorrere dal 16 luglio scorso le novità della legge fallimentare non hanno risparmiato neppure il concordato fallimentare. Dopo numerosi lustri dall'entrata in vigore del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, la tanta auspicata riforma ci ha consegnato, con riguardo alla fase di chiusura della procedura concorsuale mediante l'istituto concordatario, uno scenario normativo profondamente innovato. Tuttavia, pur essendo animata dal lodevole principio di disciplinare una nuova prospettiva di recupero delle capacità produttive dell'impresa, nella quale non è più individuabile un

interesse esclusivo dell'imprenditore, come invece accadeva nella per così dire ristretta concezione della legge del 1942, ma in cui confluiscono interessi economici e sociali ben più ampi, che «privilegiano il ricorso alla via del risanamento e del superamento della crisi aziendale»¹, la novella interviene nella delicata fase in esame apportando novità che se da un lato si appalesano di un certo interesse, dall'altro si rivelano di non poca difficoltà sotto il profilo interpretativo.

A tal proposito, già nell'esordio della disciplina in commento, l'art. 124 l. fall. offre lo spunto per cogliere un primo rilevante cambiamento di direzione rispetto alla vigente disciplina: l'estensione dei soggetti legittimati a proporre la domanda di concordato fallimentare, quale risposta ai principi fissati dalla legge delega, la quale imponeva, con una formula eccessivamente generica, «la modifica della disciplina del concordato» senza alcun cenno all'introduzione di una espressa previsione che la proposta potesse essere presentata anche da soggetti diversi rispetto al debitore fallito. Pertanto, con una decisa inversione di rotta rispetto all'attuale normativa, il legislatore delegato ha previsto che la proposta concordataria possa essere presentata da uno o più creditori, da un terzo, e, in via del tutto residuale, anche dal debitore fallito, relegando quest'ultimo ad un ruolo alquanto marginale, non escludendo peraltro che la proposta stessa possa essere depositata anche dal Curatore fallimentare. La riprova di una simile conclusione può, infatti, essere desunta dal tenore letterale del secondo comma dell'art. 129 l. fall., rubricato «Giudizio di omologazione», il quale nel disciplinare l'informativa contenuta nella relazione conclusiva dell'organo amministrativo della procedura, stabilisce che «se la proposta di concordato è stata presentata dal Curatore, la relazione è redatta e depositata dal Comitato dei creditori».

2. I tempi della proposta

Di una certa rilevanza sono pure le modifiche introdotte dalla novella con riguardo ai termini di presentazione della domanda di concordato fallimentare, che vengono differentemente congeniati al fine di tenere in considerazione il profilo soggettivo di colui che propone il ricorso. Nel rispetto dei principi fissati dalla legge delega, che si prefiggeva lo scopo di imprimere una forte accelerazione ai tempi di sviluppo della procedura, la nuova formulazione del primo comma dell'art. 124 l. fall. si affretta, infatti, a precisare che nell'ipotesi di proposta di concordato fallimentare proveniente

¹ In tal modo si esprime la Relazione illustrativa allo Schema di decreto legislativo recante la «Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267».

da uno o più creditori ovvero da un terzo, la stessa può essere presentata anche prima del decreto di esecutività dello stato passivo, a condizione però che i dati contabili e le altre notizie disponibili permettano al Curatore della procedura di predisporre un elenco provvisorio dei creditori del fallito da sottoporre all'approvazione del Giudice delegato. Si viene così a formare un "quadro di riferimento" del ceto creditorio che, pur essendo temporaneamente sostitutivo dello stato passivo, è espressivo dei soggetti che presumibilmente parteciperanno al concorso, senza che al creditore venga attribuito, ai fini dell'approvazione del concordato, il diritto di opporsi in merito al mancato riconoscimento in tutto o in parte del credito e/o della eventuale causa legittima di prelazione che lo assiste.

Tuttavia, poiché nel caso di specie la contabilità e le altre notizie disponibili, rappresentando "l'interfaccia" fra l'impresa ed i terzi, costituiscono quel "canale informativo" che risponde ad una funzione ricostruttiva e rappresentativa del ceto creditorio del debitore fallito, non vi è dubbio che sul punto la novella finisca per imporre all'interprete non poche riflessioni. In particolare, vi è da chiedersi in che modo una simile disposizione possa conciliarsi con le problematiche che spesso caratterizzano, soprattutto nella fase iniziale, l'esecuzione collettiva allorquando il Curatore non sempre è in grado di pronunciarsi tempestivamente e con sicurezza sulla presenza di scritture contabili aggiornate e attendibili in quanto caratterizzate dall'assenza di elementi non veritieri, e, per converso, dalla presenza di tutti gli elementi attivi e/o passivi rappresentanti i fatti della gestione. Se da un lato è ben vero che, stando alla norma in oggetto, i dati contabili e le notizie a disposizione del Curatore devono condurre, senza margini di incertezza, alla corretta ricostruzione del passivo fallimentare sulla base delle effettive vicende economiche dell'impresa, e tale funzione può dirsi raggiunta anche quando a prescindere dal fatto che siano state scrupolosamente osservate tutte le formalità imposte dalla legge, le scritture contabili finiscano per offrire un quadro esaustivo e reale della situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa, dall'altro è altrettanto ragionevole concludere che eventuali disordini o manchevolezze nella tempestività delle registrazioni contabili dei fatti aziendali accaduti, siano ininfluenti, solamente nella circostanza in cui le stesse non compromettano, sul piano effettivo, la capacità di ricostruzione precisa e fedele del ceto creditorio dell'impresa, non mancando, ovviamente, di ricondurre tale valutazione a ciascuna singola fattispecie concreta. Peraltro, se come sopra prospettato, numerose sono le problematiche in merito alla formazione dell'elenco provvisorio dei creditori, del pari non meno importante è osservare come quest'ultimo documento finisca per interferire

sul delicato tema del voto in ordine alla proposta di concordato fallimentare, dal momento che l'art. 127, primo comma, l. fall. dispone che se il ricorso è depositato prima del decreto di esecutività dello stato passivo, la legittimazione al voto spetta ai soli creditori che risultano dal suddetto elenco provvisorio predisposto dal Curatore ed approvato dal Giudice delegato, senza alcun cenno a che cosa accada nell'ipotesi, tutt'altro che inverosimile nella prassi operativa, in cui la formazione definitiva del passivo avvenga nelle more dell'approvazione del concordato fallimentare, sul presupposto che, stante il silenzio della norma, la proposta di tale concordato non interrompa quell'*iter* di predisposizione dello stato passivo, caratterizzato dal filtro di verifica degli organi della procedura sulla consistenza ed esistenza del credito e della eventuale causa legittima di prelazione che lo assiste. Peraltro, in una simile circostanza chi scrive ritiene che nell'assenza di qualsiasi precisazione della novella ed in considerazione dell'impossibilità di superare il tenore letterale dell'art. 127, primo comma, l. fall., la votazione del concordato debba continuare ad avvenire sulla base del suddetto elenco provvisorio.

Per quanto concerne, invece, la legittimazione del fallito alla presentazione della proposta di concordato fallimentare, la seconda parte del primo comma dell'art. 124 l. fall., ha non solo introdotto rispetto alla previgente disciplina una limitazione temporale conclusiva, ma ha addirittura modificato i termini iniziali a decorrere dai quali il debitore è facoltizzato a depositare il ricorso. A tal proposito, la novella dispone che la proposta di concordato fallimentare può essere presentata dal fallito, da società cui quest'ultimo partecipa, ovvero da società sottoposte a comune controllo, solamente nel periodo intercorrente tra il decorso dei sei mesi successivi alla data della dichiarazione di fallimento e lo spirare dei due anni successivi al decreto che rende esecutivo lo stato passivo. All'interno della nuova disciplina l'istituto del concordato fallimentare si pone, quindi, non più come un beneficio al quale può accedere il solo debitore fallito, al fine di dar corso ad una sistemazione amichevole del dissesto in cui si è venuto a trovare, ma come vera e propria ultima *chance* per addivenire ad una composizione negoziale della crisi d'impresa. A questa conclusione conduce anche il sopra citato periodo dei sei mesi dal fallimento nel corso del quale il debitore non può presentare il concordato fallimentare, periodo temporale che ben esprime la volontà del legislatore della novella di favorire soluzioni negoziali del sopra citato dissesto.

Tuttavia se da un lato appare evidente che la prima parte della disposizione in esame non è del tutto incompatibile con il principio di accelerazione della procedura imposto dall'art. 1, comma sei, n. 12) della

legge delega n. 80/2005, in quanto il termine dei sei mesi dalla sentenza dichiarativa di fallimento il più delle volte è cronologicamente antecedente ovvero di poco successivo rispetto alla data del decreto di esecutività dello stato passivo, dall'altro la seconda parte segna, al contrario, un deciso arretramento rispetto alla previgente disciplina, ove il fallito poteva proporre il concordato senza alcuna limitazione temporale, dal momento che si riteneva che il termine finale potesse essere individuato nell'emanazione del decreto di chiusura della procedura concorsuale² ovvero, secondo un indirizzo minoritario, nella ripartizione finale dell'attivo³, aspetto quello del termine ultimo di presentazione che non caratterizza neppure nella novella la domanda di concordato fallimentare qualora la stessa sia presentata da un soggetto terzo rispetto al debitore fallito.

Senonché, questa differenziazione che si profila, con riguardo al momento finale di presentazione della proposta di concordato fallimentare, esclusivamente sotto l'aspetto soggettivo di colui che la propone non pare trovare alcuna sostanziale giustificazione. E' alquanto debole, infatti, sostenere che siano state ragioni di celerità della procedura ad imporre al legislatore di ritenere il suddetto termine di due anni successivi dalla data del decreto di esecutività dello stato passivo il limite temporale ultimo per considerare conveniente la chiusura di un fallimento attraverso l'istituto concordatario proposto dal debitore, quando invece tale termine può essere superato nell'eventualità in cui l'iniziativa avvenga per impulso di uno o più

² In tal senso cfr., in dottrina, F. Ferrara jr. – A. Borgioli, *Il fallimento*, Milano, 1995, 659; G. Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, 504, che sottolinea come dopo il decreto di chiusura del fallimento non sia più possibile presentare la domanda di ammissione alla procedura concorsuale minore di concordato fallimentare, sia perché viene meno la competenza dell'ufficio fallimentare all'esame della suddetta domanda, sia perché non è possibile che un fallimento, chiuso per una delle cause di cui all'art. 118 l. fall., venga riaperto, per poi essere di nuovo chiuso per concordato; F. Ferrara, voce *Concordato fallimentare*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, 485, secondo il quale dopo il decreto di chiusura della procedura fallimentare vengono a mancare sia i presupposti processuali e sostanziali, sia la stessa ragion d'essere del concordato fallimentare, in quanto da un lato quest'ultimo istituto non può perseguire il proprio scopo principe di far cessare il fallimento, e dall'altro gli organi della procedura cessano dalle proprie cariche così come viene meno lo stato di organizzazione fra i creditori, che riacquistano la possibilità di esperire azioni individuali nei confronti del fallito. Al contrario, secondo il citato autore, finché il fallimento è aperto, anche se destinato a chiudersi per il riparto di tutto l'attivo ovvero per la sua «inutilità», il concordato fallimentare può essere proposto. Infatti, «non può dirsi che in queste condizioni il concordato sia privo di interesse per le parti e dall'altro canto non può porsi un limite che non risulti dalla legge o dall'essenza dell'istituto». In modo conforme si veda, infine, A. Bonsignori, *Diritto fallimentare*, Torino, 1992, 276 e 277, per il quale la ragione dell'improponibilità di un'istanza di concordato fallimentare dopo la chiusura del fallimento risiederebbe, invece, nella considerazione che il suddetto procedimento non è esperibile se non all'interno di quest'ultima procedura concorsuale maggiore, essendo una parte della stessa. Pertanto, se si chiude il fallimento, non si può «rimettere in moto» quella che essendone una fase conclusiva, «ad esso solo pertiene, mentre fuori di esso non potrebbe avere più corso».

³ Si veda al riguardo, con riferimento all'abrogato Codice di Commercio, G. Bonelli, *Del fallimento*, Milano, 1939, vol. III, 54.

creditori, ovvero di un terzo⁴. In astratto qualunque proposta di concordato fallimentare presentata prima della chiusura dell'esecuzione collettiva può risultare conveniente per il ceto creditorio. Diversamente, sempre con riferimento all'ipotesi di ricorso presentato dal fallito, la fissazione di un termine iniziale, coincidente con lo spirare dei sei mesi dalla declaratoria di fallimento, avente evidenti funzioni antielusive, non pare, a giudizio di chi scrive, sufficiente ad evitare che il debitore ricorra all'esecuzione concorsuale, da chiudersi immediatamente attraverso lo strumento del concordato fallimentare, al fine di ottenere la liberazione dei debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti, in forza dei vantaggi derivanti dal novellato istituto dell'esdebitazione.

3. Il contenuto della proposta

Recependo l'indirizzo contenuto nell'art. 1, comma sei, n. 12) della legge delega n. 80/2005, il secondo comma dell'art. 124 l. fall. precisa che la proposta di concordato fallimentare può prevedere:

a) la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei;

b) trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, indicando le ragioni dei trattamenti differenziati dei medesimi;

c) 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, essendo nondimeno possibile combinare le suddette forme tecniche tra di loro.

A ben vedere la disposizione sopra enunciata, nel recepire i principi fissati dalla legge delega, ripercorre in gran parte la disciplina contenuta nel novellato art. 160 l. fall. in tema di concordato preventivo, ancorché ometta di riproporre, a differenza di quest'ultima norma, uno schema tipico frequentemente utilizzato nell'ambito della procedura concorsuale minore di concordato fallimentare: la cessione di tutti i beni e di tutte le attività dell'impresa ad un assuntore, la cui figura è in parte accennata nell'ultimo comma dell'art. 124 l. fall., laddove il legislatore della novella dispone che

⁴ Come pare diversamente concludere A. Bonechi, *Il concordato fallimentare*, in *La riforma del fallimento*, inserto di *Italia Oggi*, 2006, 125, che sostiene come l'introduzione di un termine finale per la presentazione della proposta di concordato fallimentare da parte del fallito, autorizzi a ritenere che il legislatore della novella abbia voluto offrire a quest'ultimo un'opportunità che deve essere colta tempestivamente, senza che la stessa si trasformi «in una soluzione negoziale alternativa a una liquidazione che, dopo lungo tempo, si rivelasse insoddisfacente».

«la proposta presentata da un terzo può prevedere la cessione, oltre che dei beni compresi nell'attivo fallimentare, anche delle azioni di pertinenza della massa».

Sempre in relazione alla nuova proposta di concordato fallimentare, ma il medesimo interrogativo si pone anche con riguardo al piano di cui al riformato concordato preventivo, è doveroso chiedersi se la stessa debba ancora indicare una percentuale di soddisfacimento del ceto creditorio ovvero se sia sufficiente l'impegno del debitore di mettere a disposizione di quest'ultimo il ricavato derivante dalla vendita dei propri beni. Dal tenore letterale dell'art. 124 l. fall., così come riscritto dall'atto secondo della riforma della legge fallimentare, sembrerebbe proprio che la nuova proposta di concordato fallimentare non debba più contenere alcuna precisazione in ordine alla percentuale di soddisfacimento dei creditori ovvero ai tempi del loro pagamento. La nuova formulazione della suddetta disposizione di legge, pur tracciando un contenuto minimo della proposta di concordato fallimentare, non ripropone più, infatti, l'obbligo di indicare nella medesima la percentuale offerta ai creditori chirografari, il tempo del pagamento e la descrizione delle garanzie offerte per il pagamento dei crediti, delle spese di procedura e del compenso al Curatore.

4. La suddivisione in classi e i trattamenti differenziati fra i creditori

Dopo la breve esperienza in tema di concordato preventivo il legislatore, ispirandosi nondimeno alla disciplina sull'Amministrazione straordinaria che caratterizza la cosiddetta "Legge Marzano", ha introdotto, nell'ambito di un sistema imperniato sulla distinzione tra creditori privilegiati e creditori chirografari, la possibilità che nel configurare il concordato fallimentare si possa dar corso ad una suddivisione più articolata del ceto creditorio attraverso la creazione di classi, tenendo presente la posizione giuridica e gli interessi economici omogenei dei creditori stessi, giungendo addirittura a prevedere trattamenti economici differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse. L'istituto in esame viene così ad essere congeniato dal legislatore delegato come uno strumento assai più idoneo rispetto alla normativa previgente, a consentire il raggiungimento di intese con i creditori ovvero con una parte di essi. In realtà la previsione di una semplice possibilità e non anche di un obbligo da parte dell'imprenditore di addivenire ad una suddivisione in classi dei creditori finisce quindi per rappresentare un ausilio nella formulazione della proposta di concordato fallimentare. Conseguentemente, il debitore, nel comporre le diverse classi di creditori, potrà cercare di trarne il massimo vantaggio possibile, anche se dovrà tenere nella dovuta considerazione che un loro numero troppo elevato

può in astratto aumentare il rischio che la proposta di concordato fallimentare non sia approvata.

Di particolare importanza da un punto di vista operativo è, infine, l'ultimo comma dell'art. 129 l. fall., il quale nel recitare che «le classi di creditori non ammessi al voto [...] sono considerate favorevoli ai soli fini del requisito della maggioranza delle classi», chiarisce che anche i creditori privilegiati pagati integralmente costituiscono una classe. In particolar modo, gli stessi finiscono per dar vita a quella classe residuale di creditori, il più delle volte privilegiati, che vengono soddisfatti senza subire alcuna falcidia, la quale rappresenta rispetto alle altre classi il complemento a uno dell'intero ceto creditorio.

Peraltro, il fatto che la classe in esame sia per così dire “residuale” non implica che la medesima sia priva di rilevanza ai fini dell'approvazione e conseguentemente dell'omologazione della proposta di concordato fallimentare. La circostanza che in virtù del disposto del sopra citato art. 129 l. fall., le classi di creditori non ammesse al voto siano considerate favorevoli ai fini del requisito della maggioranza delle stesse è indice del *favor* con cui il legislatore delegato guarda alla procedura concorsuale minore *de qua*.

Infatti, se si ipotizza ad esempio un concordato in cui da un lato il ceto creditorio è suddiviso in cinque classi e dall'altro, in sede di approvazione, solo due delle quattro classi ammesse al voto esprimano parere favorevole, in forza della novella, fermo restando il raggiungimento della maggioranza dei crediti ammessi al voto di cui al comma primo dell'art. 128 l. fall., la proposta di concordato viene ad essere approvata proprio attraverso il contributo decisivo dei creditori privilegiati, per i quali, in astratto, il concordato fallimentare dovrebbe rivelarsi irrilevante, essendo l'interesse all'approvazione dello stesso limitato ai soli creditori chirografari.

Inoltre, è doveroso osservare come la novella sia del tutto silente in relazione all'ipotesi di voto di quei creditori privilegiati che con il concordato non vengono soddisfatti integralmente. Questi ultimi, giusto il disposto del novellato art. 127 l. fall., sembrerebbero poter votare solo per quella parte di credito non pagata, la quale quindi verrebbe ad essere equiparata ai crediti chirografari. Sennonché, ai fini della votazione del concordato, è doveroso chiedersi se la tipologia di crediti in esame costituisca un'unica classe ovvero se la medesima possa essere scissa in due classi, di cui una formata da quella parte di credito che viene pagata integralmente e l'altra dalla restante parte destinata a rimanere insoddisfatta. Il combinato disposto dell'ottavo comma dell'art. 129 l. fall. e del secondo comma dell'art. 127 l. fall., sembrerebbe avvalorare quest'ultima soluzione.

5. La ristrutturazione dei debiti ed il soddisfacimento dei crediti

La previsione di cui alla lettera c) dell'art. 124 l. fall., ripropone la dicotomia che caratterizza il nuovo concordato preventivo tra soddisfazione dei crediti⁵ e ristrutturazione dei debiti⁶, dove il primo dei due concetti equivale ad un pagamento da effettuarsi in un lasso di tempo ragionevolmente breve con la conseguenza che il credito non sopravvive alla procedura e si estingue, mentre il secondo coincide con una riprogrammazione del debito quanto ad entità e a scadenza che induce diversamente a ritenere che il credito continui temporaneamente a sussistere, salvo essere successivamente soddisfatto in tutto o in parte alle scadenze novate.

Senonché, a giudizio di chi scrive, diversamente da quanto accade in tema di concordato preventivo, la ristrutturazione dei debiti in oggetto equivale ad una riprogrammazione degli stessi, esclusivamente con riguardo alla loro entità non potendosi, salvo casi del tutto eccezionali quali quelli configurabili in ipotesi di continuazione dell'attività d'impresa da parte del debitore fallito a norma dell'art. 104 l. fall., concepire una riprogrammazione relativamente alle scadenze dei debiti stessi. La ristrutturazione in esame opera, infatti, in un contesto di concorso caratterizzato dalla necessità di dar corso ad un soddisfacimento dei crediti non più in forza di un ordinario criterio temporale di adempimento cronologico delle obbligazioni che vengono a scadere, tipico delle imprese *in bonis*, quanto piuttosto sulla base di un ordine di preferenza accordato dalla legge che tenga in considerazione delle legittime cause di prelazione che contraddistinguono gli stessi, nonché della natura dei medesimi.

6. Il trattamento dei creditori privilegiati

A differenza di quanto avviene nel concordato preventivo, ove è del tutto dibattuto se il piano possa prevedere un pagamento in percentuale non

⁵ La cui dizione della norma andrebbe correttamente modificata in "soddisfacimento dei creditori", dal momento che i crediti sono le posizioni attive del debitore fallito, mentre quelle sul versante passivo sono caratterizzate dalla presenza dei creditori.

⁶ Concetto da tenere distinto rispetto a quello di risanamento, consistente quest'ultimo nel ritorno, attraverso una riduzione dell'esposizione debitoria, ovvero una rinegoziazione delle relative scadenze, a quell'equilibrio finanziario a breve e/o a medio-lungo termine, caratterizzato da una "armoniosa" e quasi perfetta contrapposizione tra i flussi finanziari dove, in un determinato arco temporale, le entrate monetarie sono in grado di fronteggiare le uscite in una corretta relazione tra gli investimenti ed i finanziamenti in termini di durata, o meglio ancora, tra i crediti ed i debiti in termini di scadenza.

solo ai creditori chirografari ma anche a quelli privilegiati⁷, la nuova formulazione del terzo comma dell'art. 124 l. fall. specifica in modo incontrovertibile che la proposta di concordato fallimentare può prevedere che i creditori muniti di diritto di prelazione non vengano soddisfatti integralmente, a condizione, però, 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, e che il trattamento stabilito per ciascuna classe non abbia l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione stabilito dalla legge.

Viene in tal modo definitivamente superata quella disputa sorta sotto il vigore della previgente disciplina, in ordine alla necessità o meno di accordare ai creditori privilegiati in sede di concordato fallimentare un soddisfacimento integrale, ancorché il loro credito non trovasse piena capienza nel valore dei beni oggetto della garanzia ovvero i beni posti a garanzia non fossero rinvenuti nel patrimonio del debitore⁸.

⁷ A favore della tesi che estende il pagamento in percentuale anche ai creditori privilegiati si veda M. Mastrogiacomo, *Il nuovo concordato preventivo e i creditori privilegiati*, 18, www.fallimentonline.it, secondo il quale una conferma indiretta della circostanza che con il concordato preventivo è possibile ristrutturare il debito privilegiato può essere rinvenuta nella stessa legge delega alla riforma del diritto fallimentare, laddove si prevede di ricondurre alla fattispecie del Concordato preventivo le ipotesi transattive relative ai debiti tributari, i quali nella maggior parte dei casi sono assistiti da cause legittime di prelazione; P.F. Censoni, *La nuova disciplina del concordato preventivo e le problematiche di diritto transitorio*, intervento al convegno "La riforma della legge fallimentare", Reggio Emilia, 7 ottobre 2005; G. Bozza, *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in *Il Fallimento* 2005, 1211; L. Mandrioli, *Il piano di ristrutturazione nel concordato preventivo tra profili giuridici ed aspetti aziendalistici*, in *Il Fallimento* 2005, 1339; P.G. Demarchi, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, 120. Ritengono, invece, che il concordato preventivo debba continuare ad assicurare, come avveniva sotto il vigore dell'abrogata disciplina, il pagamento integrale dei creditori muniti di cause legittime di prelazione, in dottrina, L. Panzani, *Il D.L. 35/2005, la legge 14 maggio 2005, n. 80 e la riforma della legge fallimentare*, in www.fallimentonline.it, 5; S. Pacchi Pesucci, *Il nuovo concordato preventivo*, in www.fallimentonline.it, 18; in giurisprudenza, Trib. Sulmona 6 giugno 2005, *Il Fallimento* 2005, 793 e 800; Trib. Pescara 20 giugno 2005, *Il Fallimento* 2006, 98; Trib. Bari 7 novembre 2005, *Il Fallimento* 2006, 53 e 54; Trib. Messina, 29 dicembre 2005, *Il Fallimento* 2006, 679.

⁸ Per la soluzione positiva si veda, in giurisprudenza, Trib. Tortona, 20 agosto 1998, *Dir. fall.* 1998, II, 1082 con nota di Di Gravio, il quale precisa che l'art. 54 l. fall., nel limitare il privilegio speciale ai beni vincolati, presuppone tanto la fase di liquidazione dell'attivo quanto quella della ripartizione del ricavato, con l'ovvia conseguenza che il medesimo non è applicabile all'istituto del concordato fallimentare, che rappresenta una modalità di chiusura della procedura che può comportare anche la sospensione della liquidazione; in dottrina P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, 564; A. Bonsignori, *Del concordato*, in Commentario Scialoja – Branca, 1977, 174; G. Bozza, *Il concordato fallimentare – La proposta di concordato fallimentare*, in *Il fallimento* 1989, 131. *Contra* A. Cascioli, *Trattamento dei creditori privilegiati nel concordato preventivo e fallimentare*, in *Dir. fall.* 1958, I, 175, 177 e 178, per il quale l'obbligo di pagare integralmente i creditori privilegiati è limitato a quei crediti che risultano essere «attualmente» tali.

Tuttavia, in relazione alla possibilità di addivenire, all'interno della proposta di concordato fallimentare, ad un pagamento non integrale dei creditori privilegiati contenuta nel terzo comma del novellato art. 124 l. fall. occorre rilevare come la medesima sia frutto in realtà di un eccesso di delega. Il punto n. 12), della lett. a), del comma sei della legge 14 maggio 2005, n. 80 si limitava, infatti, a stabilire da un alto che la disciplina del concordato fallimentare doveva essere modificata «accelerando i tempi della procedura e prevedendo l'eventuale suddivisione dei creditori in classi che tengano conto della posizione giuridica e degli interessi omogenei della varie categorie di creditori, nonché trattamenti differenziati per i creditori appartenenti a classi diverse», e dall'altro che dovevano essere disciplinate sia 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», sia quelle di «approvazione del concordato, modificando altresì la disciplina delle impugnazioni al fine di garantire una maggiore celerità dei relativi procedimenti». Come si può ben vedere sussiste una forte discrepanza fra il principio contenuto nella legge delega per la riforma del diritto concorsuale italiano e quanto effettivamente “partorito” dal Governo. Inoltre, se ad una prima superficiale lettura il concetto di “pagamento integrale” appare di facile identificazione, non vi è dubbio che un esame più approfondito sollevi non poche perplessità sul perimetro temporale all'interno del quale lo stesso possa operare. In particolare, vi è da chiedersi se per “soddisfacimento integrale” si debba intendere la sola promessa di pagamento nella percentuale piena del 100% oppure se a ciò debba essere anche aggiunto il rispetto di un termine ragionevolmente breve entro il quale il pagamento deve essere effettuato.

Nel vigore della vecchia legge fallimentare, il disposto di cui all'art. 124 l. fall., imponendo di indicare nella proposta di concordato fallimentare la percentuale ed i tempi di pagamento dei creditori chirografari, aveva

La tesi favorevole ad accordare ai creditori privilegiati un soddisfacimento integrale, ancorché il loro credito non trovasse piena capienza nel valore dei beni oggetto della garanzia ovvero i beni posti a garanzia non fossero rinvenuti nel patrimonio del debitore era del tutto prevalente anche in tema di concordato preventivo. Al riguardo si veda, per la giurisprudenza Cass. 3 novembre 1981, n. 5790, in *Foro it.* 1983, I, 1092; Cass. 25 marzo 1976, n. 1073, in *Giur. it.* 1976, I, 1, 1266; Cass. 6 settembre 1974, n. 2423, in *Dir. fall.* 1975, II, 530; Cass. 5 gennaio 1972, n. 2, in *Foro it.* 1972, I, 2547; Cass. 13 dicembre 1969, n. 3936, in *Riv. dir. comm.* 1971, II, 393; Cass. 5 giugno 1967, n. 1223, in *Dir. fall.* 1967, II, 1223; Trib. Bologna 23 giugno 1995, in *Il fallimento* 1995, 1250; Trib. Roma 14 ottobre 1994, in *Il fallimento* 1995, 324; Trib. Genova 10 gennaio 1991, in *Giur. comm.* 1992, II, 516 con nota di Fracardo; Trib. Torino 19 marzo 1990, in *Dir. fall.* 1990, II, 1189. Tesi quest'ultima della prevalente giurisprudenza di merito e di legittimità avversata però dalla dottrina la quale non ha mancato di osservare che così facendo si finisce per accordare al creditore privilegiato un trattamento in sede di concordato preventivo addirittura più vantaggioso di quello che il medesimo conseguirebbe qualora il debitore fosse *in bonis*. Per un'ampia disamina della problematica in esame cfr. G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2002, 687, al quale si rinvia per ulteriori approfonditi richiami in letteratura.

indotto la giurisprudenza e la dottrina prevalenti a ritenere che il soddisfacimento dei creditori privilegiati dovesse essere non solo integrale ma anche immediato, all'atto del passaggio in giudicato della sentenza di omologa del concordato, non potendosi configurare per la suddetta tipologia di creditori alcun sacrificio, seppure di semplice carattere temporale⁹. Nessun limite di tale tipo è stato, invece, individuato nella novella dal legislatore delegato. Conseguentemente, l'assenza di una qualsiasi disposizione che imponga direttamente o, al pari di quanto avveniva nel vigore della previgente disciplina, indirettamente un soddisfacimento entro una determinata scadenza, non può che condurre chi scrive a ritenere che debba essere concepito come integrale anche quel pagamento effettuato nella

⁹ Cfr. in tal senso, in giurisprudenza, Cass. 15 luglio 1976, n. 2793, in *La legge dvd*; Trib. Santa Maria Capua Vetere 6 maggio 2002, in *Il fallimento* 2003, 106; Trib. Roma 24 luglio 1986, in *Il fallimento* 1987, 108, che ritiene non omologabile una proposta di concordato fallimentare, allorquando la relativa domanda non preveda il pagamento dei creditori privilegiati al momento dell'omologazione; Trib. Roma 28 maggio 1986, in *Il fallimento* 1986, 1390, per il quale è inammissibile una proposta di concordato fallimentare in cui non sia previsto il pagamento integrale ed immediato dei creditori privilegiati; Trib. Bari 4 marzo 1985, in *Il fallimento* 1985, 1107, che precisa come per effetto del concordato fallimentare il pagamento dei creditori privilegiati e delle spese della procedura debba avvenire all'atto dell'omologazione della proposta, in quanto ogni eventuale dilazione di pagamento può riguardare solo ed elusivamente i creditori chirografari; Trib. Roma 16 maggio 1959, in *Dir. fall.* 1959, II, 498, con nota adesiva di L. Pazzaglia; App. Venezia 18 marzo 1958, in *Dir. fall.* 1958, II, 76, che sottolinea come la pretesa del fallito di pagare le spese della procedura ed i creditori privilegiati, sia pura nella loro interezza, dopo sei mesi dal passaggio in giudicato della sentenza di omologazione, si risolva «nell'imposizione, pure ai creditori della massa ed ai creditori privilegiati, di un concordato dilatorio, il che non può essere ugualmente consentito». In senso difforme sembra esprimersi Trib. Milano 18 dicembre 1962, in *Giur. it.* 1964, I, 2, 96, secondo il quale non può reputarsi compromessa l'ammissibilità di una proposta di concordato fallimentare che preveda il pagamento dei creditori privilegiati entro un termine ben determinato, purché i creditori accettino tale dilazione di pagamento. In dottrina, si esprimono a favore dell'immediato pagamento dei creditori privilegiati, P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, 564; G. Ragusa Maggiore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, 506; F Ferrara, voce *Concordato fallimentare*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, 486. In senso leggermente difforme, G. Bozza, *Il concordato fallimentare – La proposta di concordato fallimentare*, in *Il fallimento* 1989, 132, reputa, invece, che l'immediato pagamento dei creditori privilegiati debba avvenire, stante la sua provvisoria esecutività stabilita dal quinto comma dell'art. 130 l. fall., dopo la sentenza di omologazione, all'atto della scadenza del termine per l'impugnazione. Inoltre, il citato autore, afferma che il principio dell'immediatezza del pagamento a favore dei creditori privilegiati, pur non essendo enunciato dall'art. 124 l. fall., può essere desunto dal «congegno» disposto dall'art. 127 l. fall. in tema di approvazione del concordato fallimentare. Infatti, l'esclusione dal voto dei creditori privilegiati, a meno che gli stessi non rinuncino alla legittima causa di prelazione che assiste il loro credito, trova il proprio fondamento nell'estraneità dei creditori medesimi alla procedura; estraneità, tuttavia, che sussiste solo se la proposta di concordato fallimentare prevede per la suddetta tipologia di creditori la soddisfazione non solo integrale ma anche immediata. *Contra* A. Bassi, *La dilazione nel pagamento dei creditori privilegiati nel concordato preventivo e fallimentare*, in *Il fallimento* 1983, 998 e 1000, che ammette l'omologabilità di una proposta di concordato dilatorio, senza che si debba attribuire alcun rilievo al consenso degli interessati. Tuttavia, in tale ipotesi, il Tribunale ed il Giudice delegato, continuando ad esercitare il loro controllo di merito sulla convenienza della suddetta proposta di concordato fallimentare, ben potranno dichiarare l'inammissibilità della stessa qualora la dilazione in essa prevista, pur essendo ammissibile, non convenga nel caso concreto ai creditori privilegiati ovvero sia di durata eccessiva.

In relazione alla procedura di concordato preventivo si veda, infine, Cass. 26 novembre 1992, n. 12632, in *Il fallimento* 1993, 707; Cass. 17 novembre 1992, n. 12300, in *Il fallimento* 1993, 507; Trib. Milano 29 maggio 1997, in *Gius.* 1997, 3042; App. Catania 20 dicembre 1989, in *Dir. fall.* 1990, II, 181.

misura piena e completa ancorché a distanza di tempo. La modifica del tenore letterale della disposizione non può che essere letta come una precisa scelta del legislatore di modificare la precedente impostazione. Peraltro, nel vigore della novella, lo strumento del piano, prevedendo la generica locuzione “ristrutturazione dei debiti”, consente attualmente di proporre a tutte le categorie di creditori e quindi anche a quelli privilegiati, una riprogrammazione delle scadenze, procedendo ad un riscadenzamento degli originari termini di pagamento. In altri termini è il piano la vera “bussola” di riferimento che non solo indica le operazioni da porre in essere, ma anche i tempi di pagamento di tutto il ceto creditorio. D’altra parte la considerazione che i creditori privilegiati non subiscono da tale riscadenzamento alcun sorta di danneggiamento è per di più suffragata dal riconoscimento del decorso degli interessi al tasso legale dall’inizio della procedura fino alla data di vendita dei beni su cui insiste la garanzia o fino alla data di incasso dei crediti oggetto di tale garanzia.

Alla luce delle suddette considerazioni pare quindi ragionevole concludere che per pagamento integrale debba intendersi non solo il soddisfacimento in misura piena ed in tempi ragionevoli, ma anche quello che pur essendo integrale, avviene nel corso del tempo con il riconoscimento, come previsto per legge, degli interessi al saggio legale dall’inizio della procedura fino alla data di realizzo del bene o del credito su cui insiste la prelazione.

7. L’obbligatorietà del piano

Alla luce di quanto appena affermato e nonostante il secondo comma dell’art. 124 l. fall. non sia per nulla chiaro al riguardo, sembra quindi che anche la proposta di concordato fallimentare, al pari di quella di concordato preventivo, debba fondarsi su di un piano. Ciò si ricava implicitamente dal disposto del terzo comma dell’art. 124 l. fall., il quale nell’affermare che «la proposta può prevedere 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 [...] sul ricavato in caso di vendita, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile al cespite o al credito oggetto della garanzia», non pare limitare l’obbligo del suddetto documento alle sole fattispecie di concordato fallimentare che prevedano il pagamento dei creditori privilegiati in misura non integrale. Il piano costituisce, infatti, il quadro di riferimento e la traccia definitiva non solo del programma con cui si sviluppa la liquidazione dei beni, ma anche il soddisfacimento dei creditori e la ristrutturazione dei debiti. Questa “mappa” fondamentale di riferimento pare quindi essere un elemento di validità della

proposta di concordato fallimentare la cui eventuale mancanza produrrebbe una mera irregolarità nella proposta stessa, probabilmente sanabile anche in una fase successiva rispetto al suo deposito in Tribunale. Pertanto, se la proposta di concordato fallimentare deve obbligatoriamente fondarsi su un piano, il problema si sposta nel cercare di capire se questo deve avere le medesime caratteristiche di quello previsto in tema di concordato preventivo.

A tal proposito si osservi come tale piano, essendo contemplato all'interno di un fallimento, non possa che essere di natura liquidatoria, salva l'ipotesi di autorizzazione alla continuazione dell'attività d'impresa a norma dell'art. 104 l. fall.

Peraltro, mentre del tutto giustificata rispetto alla disciplina del concordato preventivo appare l'assenza della previsione della relazione dell'esperto, dal momento che il debitore si trova già in procedura concorsuale, del tutto incomprensibile è la mancanza del requisito della fattibilità del piano che diversamente caratterizza la disciplina in tema di concordato preventivo.

8. La perizia

Il pagamento in misura falciata dei creditori privilegiati trova il suo naturale limite nella considerazione del legislatore che la soddisfazione di tali creditori non può essere inferiore a quella che in astratto si ricaverebbe, in caso di vendita, dalla cessione del bene o dal realizzo del credito, avuto riguardo al valore attribuibile al cespite o al credito oggetto della garanzia.

Senonché, al fine di ottenere l'ammontare astrattamente realizzabile in caso di cessione del bene o di incasso del credito su cui insiste la garanzia del creditore privilegiato, il legislatore della novella richiede una relazione giurata di un esperto o di un revisore contabile o ancora di una società di revisione, nominati dal Tribunale.

Peraltro, va evidenziato come il sopra citato esperto ben possa essere una nuova figura dalle competenze merceologiche che si contrappone a quella del revisore contabile. Infatti, con il termine "esperto" pare che il legislatore abbia voluto far riferimento non solo ai professionisti iscritti nei relativi albi, ma anche a soggetti esperti nel campo della crisi d'impresa e più in generale della gestione imprenditoriale.

A tal proposito la necessità di una adeguata competenza merceologica indurrebbe a ritenere che nell'ipotesi di perizie relative a beni immobili, il suddetto esperto debba essere scelto nell'ambito della categoria professionale degli ingegneri, dei geometri, degli architetti o degli agronomi, mentre negli altri casi possa essere un revisore contabile.

Quanto alle difficoltà operative della disposizione in oggetto, si osservi come le stime ben difficilmente offrano la possibilità di giungere a valori precisi e puntuali, spesso i periti offrono un ventaglio di valori che si concentrano in una fascia la cui oscillazione è in media del 20-25%. Peraltro, particolari difficoltà possono sorgere sia con riguardo al realizzo dei valori mobiliari, quali l'incasso di crediti ed il realizzo di controversie attive, sia in relazione al trascorrere del tempo che potrebbe rendere la stima non più attuale nel momento dell'effettiva traduzione in moneta corrente del bene o del credito.

A questo punto occorre chiedersi quali siano i principi ispiratori di tale perizia, o meglio se gli stessi debbano essere quelli utilizzati in sede di conferimento di beni ovvero i criteri di valutazione che tengano conto del fatto che gli stessi appartengono ad un'impresa in liquidazione. A tal proposito chi scrive ritiene che debbano essere quelli di un'impresa in liquidazione avuto, però, riguardo al valore di mercato attribuibile al cespite o al credito oggetto della garanzia. Pertanto, si dovrà procedere alla formazione del più probabile valore di mercato mediante la determinazione analitica del bene con la stima di ogni singolo componente. Non si tratta quindi di esporre in perizia un valore "commerciale in ambito libero", intendendosi con tale espressione quello attribuito al bene nell'ambito del libero commercio, quanto piuttosto un valore prudenziale intercorrente tra quello che potrebbe determinare una maggiore appetibilità al bene in funzione delle condizioni economiche in cui lo stesso è sottoposto in ambito di concordato fallimentare, nel quale si deve necessariamente procedere ad una leggera svalutazione mirata a permettere al potenziale acquirente di dar seguito all'acquisto anche se non in condizioni di assoluta necessità, e quello che normalmente viene attribuito a quei beni che necessitano invece di una monetizzazione immediata e che permettono di ampliare il mercato ad un maggior numero di soggetti interessati al medesimo.

9. La cessione delle azioni e la limitazione di responsabilità del proponente

L'ultimo comma dell'art. 124 l. fall., nel disciplinare il contenuto della proposta di concordato fallimentare presentata da un terzo, sancisce la possibilità di prevedere la cessione, oltre che dei beni compresi nell'attivo fallimentare anche delle azioni di pertinenza della massa, purché autorizzate dal Giudice delegato, con specifica indicazione dell'oggetto e del fondamento della pretesa.

Peraltro, il terzo, può limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori che al momento di deposito della proposta risultano essere stati ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che alla medesima data hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva. In tale circostanza, verso gli altri creditori continua a rispondere il fallito, fermo quanto disposto dagli artt. 142 e ss. in caso di esdebitazione. La norma in esame si va quindi ad affiancare a quella contenuta nell'art. 135 l. fall., peraltro rimasto immutato rispetto alla vigente disciplina, concedendo al terzo, indipendentemente dalla dazione o meno di garanzie, la possibilità di limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva al tempo della proposta, evitando in tal modo di correre il rischio imprevisto dell'insorgere di creditori prima ignorati.

Senonché, tanto il tenore letterale della norma che consente di limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli crediti ammessi al passivo, quanto l'assenza di ulteriori precisazioni al riguardo, rendono di dubbia applicazione la suddetta limitazione nell'eventualità in cui la proposta di concordato fallimentare venga presentata prima del decreto di esecutività dello stato passivo. In una simile circostanza, infatti, la disciplina in esame non pare contemplare alcuna possibilità di limitare la proposta di concordato ai soli creditori che risultano dall'elenco provvisorio di cui all'art. 124, primo comma, l. fall., dal momento che la suddetta espressione "ammessi al passivo, anche provvisoriamente" pare invece riferirsi, come peraltro avveniva in forza della previgente disciplina¹⁰, esclusivamente alle insinuazioni a stato passivo accolte in via provvisoria di cui all'art. 99, decimo comma, l. fall, e non anche a quel "quadro di riferimento" del ceto creditorio composto dal Curatore e approvato dal Giudice che si viene a formare in via del tutto temporanea nella suindicata fattispecie.

Va da sé, pertanto, che se le considerazioni di cui sopra sono corrette non si può che prendere atto di come la novità in termini di abbreviazione dei tempi di presentazione della domanda volta ad imprimere una forte accelerazione al procedimento corra il rischio di rimanere lettera morta, nell'eventualità in cui il soggetto che intende proporre la domanda di concordato fallimentare voglia al tempo stesso evitare il rischio imprevisto dell'insorgere di creditori non conosciuti.

¹⁰ Cfr., a tal riguardo, l'art. 127, primo comma, l. fall. il quale fa riferimento ai crediti provvisoriamente ammessi di cui all'art. 99, terzo comma, l. fall.